

La hipoteca de responsabilidad limitada

Publicamos a continuación, con sincera complacencia, un interesante estudio que el Abogado, Registrador de la Propiedad y publicista cubano Dr. Mario Nin y Abarca ha escrito sobre la denominada «Hipoteca de responsabilidad limitada», y que sirvió de base a una conferencia pronunciada por su autor en el Colegio Notarial de La Habana.

Este trabajo, inspirado por nuestra reciente reforma hipotecaria, demuestra el interés con que en las Repúblicas de raíz hispánica se sigue el proceso evolutivo de nuestra legislación y nuestra doctrina inmobiliaria. Así lo acredita el hecho, altamente honroso para nuestros juristas, de que sus obras se conozcan, se estudien y se discutan por los jurisconsultos americanos.

También a nosotros, en justa reciprocidad, nos interesa sobremanera el desarrollo de las instituciones inmobiliarias en aquellos pueblos hermanos, especialmente en los que, como Cuba, han tenido legislación parigual a la española y conservan organismos, normas y hábitos afines.

La monografía del Dr. Nin y Abarca ofrece, por añadidura, el singular interés de analizar, a través de la legislación y la jurisprudencia cubanas, una de las nuevas modalidades de hipoteca: la de «responsabilidad limitada», admitida por nuestra Ley de 30 de diciembre de 1944, y sobre la cual, por lo reciente de su implantación, carecemos todavía en España de los necesarios complementos jurisprudenciales y de las enseñanzas de la experiencia.

Reanudamos con la publicación de este documentado estudio una colaboración que antes de 1936, y por la pluma del Dr. Andrés Segura Cabrera, honró nuestras páginas; y confiamos que no constituya una excepción, pues entendemos que una de las auténticas manifestaciones de hispanoamericanismo práctico consiste en este intercambio cultural, que permite aunar los esfuerzos de los juristas de aquí y de allá en pro del florecimiento de una de las más científicas y modernas ramas del Derecho.

SUMARIO:

1. La Ley de Reforma hipotecaria en España de 30 de diciembre de 1944.
2. Responsabilidad personal y responsabilidad real en la hipoteca.—3. Ley cubana de 3 de abril de 1933.—4. Su inconstitucionalidad.—5. La moratoria hipotecaria y los créditos personales, remanente de obligaciones aseguradas con hipoteca.—6. Decreto-Ley 490, de 7 de enero de 1936.—7. Opinión del Dr. Martínez Escobar.—8. Hipoteca no inscrita.—9. Hipoteca subsidiaria.—10. Los segundos y posteriores acreedores hipotecarios.—11. La compensación.—12. Ley de 14 de febrero de 1938.—13. Opinión del Dr. Manuel Dorta Duque.—14. Criterio del Dr. Antonio Díaz Pairó (la obligación natural).—15. La «deuda territorial» en el Derecho alemán y nuestra «hipoteca de responsabilidad limitada».

1. A comienzos de 1945 se promulgó en España la Ley de Reforma hipotecaria, que lleva fecha 30 diciembre de 1944, que ha brindado oportunidad a un connotado número de juristas adscritos a las disciplinas inmobiliarias a presentarnos la nueva ley en forma de ensayos y monografías encaminados a facilitar su implantación.

De esta copiosa bibliografía nos ha impresionado singularmente los "Comentarios a la Ley de Reforma hipotecaria" del Académico y Registrador de la Propiedad, D. Ramón de la Rica y Arenal, que sistematiza su ensayo haciendo una clasificación trimembre, a saber: I) Lo que la nueva Ley ha suprimido. II) Lo que la nueva Ley ha modificado, y III) Lo que la nueva Ley ha innovado, o sea un análisis de las supresiones, modificaciones e innovaciones introducidas en el ordenamiento inmobiliario.

2. No pretendemos presentar una nota bibliográfica de este estudio, sino comentar una afirmación contenida en el capítulo que denomina: "Responsabilidad personal y responsabilidad real en la hipoteca". Precisamente el título de este trabajo ha sido inspirado por el Registrador De la Rica; sostiene éste que la Ley de Reforma ha llegado a establecer en materia de hipoteca una especie de *deuda real exclusiva*, no ajena del todo a una obligación personal garantizada (puesto que ésta sigue siendo ineludible para la génesis de la hipoteca), pero sí en forma tal que sólo y exclusivamente los bienes hipotecados respondan de la obligación asegurada; es decir, una hipoteca que pudiera denominarse de "responsabilidad limitada".

Pasa después a relacionar los dos artículos que consagran la reforma en esta materia de la responsabilidad real y la responsabilidad personal en la hipoteca; el artículo 138 que en su párrafo primero

señala que "la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor, que establece el artículo 1.911 del Código civil" (1). En otras palabras, una ratificación del carácter clásico de nuestra hipoteca, tal como la concibieron los jurisconsultos romanos, como un derecho real accesorio o de garantía; pero el párrafo segundo del propio artículo añade: "No obstante, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor". El autor, después de transcribir las palabras del Sr. Aunós, exponiendo las razones técnicas que justificaban la innovación, expresa sus dudas sobre el éxito de la medida, "pues es preciso contar con el consentimiento del acreedor, y dada la posición de inferioridad contractual del deudor, serán pocos los acreedores generosos que renuncien de antemano al posible ejercicio de acciones personales contra todos los bienes de aquél".

Comentando el alcance de la reforma, agrega: "Modifica abiertamente el principio de responsabilidad patrimonial total del obligado, sancionado por el Código civil, y emplaza a las hipotecas constituidas con dicha cláusula en una posición semejante a la hipoteca independiente o *Grundschuld* del Derecho alemán, por cuanto sólo puede hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados, con exclusión de otros cualesquiera, pero no idéntica, por cuanto necesita al constituirse una obligación personal, de la que la hipoteca es accesoria, y mantiene en parte las relaciones jurídicas entre deudor y acreedor. Constituye, pues, una forma hipotecaria intermedia, *creación genuina de nuestra legislación*, en la que el deudor se desliga en cierto modo de la obligación, por afectar ésta solamente a una porción limitada de su patrimonio. Un trasunto, pudiera decirse, de la idea cardinal de las sociedades mercantiles colectivas de responsabilidad limitada, transportada al campo hipotecario, lo que justifica que se le denomine oficialmente como hipoteca de responsabilidad limitada."

Antes de comenzar nuestro juicio, queremos seguir exponiendo el

(1) «Art. 1.911. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.»

alcance de la reforma y los comentarios del autor en la materia que nos ocupa, con mayor motivo cuanto que nos consta que el número de ejemplares recibidos en La Habana de este interesante libro ha sido muy reducido.

En efecto, la Ley de Reforma no sólo prevé este caso en que el deudor se desliga *a priori* de la obligación personal, sino también en que el deudor se libera *a posteriori*, no ya de esta responsabilidad sin límites, sino de toda responsabilidad, real y personal, por razón del préstamo hipotecario, como en el caso de enajenación de la finca hipotecada cuando así se pacte expresamente.

El artículo 118 dispone que "en caso de venta de la finca hipotecada, si el vendedor y comprador hubieran pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor puestare su consentimiento expreso o tácito".

De la Rica considera que la nueva norma es sumamente práctica y le augura un gran éxito de aplicación, en consideración a que los vendedores de fincas hipotecadas querrán siempre quedar liberados de toda obligación dimanante del préstamo hipotecario; los compradores, si les interesa la compra, harán sus cálculos y no les importará subrogarse en la obligación personal, del mismo modo que se subroga en la real, si el inmueble cubre con amplio margen el débito hipotecario, y el acreedor, por último, no tendrá inconveniente en la subrogación si concurre la circunstancia anterior o si el comprador es de solvencia igual o parecida a la del vendedor.

Subraya el grave error de admitir el *consentimiento tácito* del acreedor para que la subrogación produzca efectos registrales; en primer lugar, porque las declaraciones de voluntad presuntas o tácitas carecen de trascendencia, pues en los libros sólo se registran las explícitas, debidamente autenticadas o formalizadas; en segundo lugar, porque la jurisprudencia civil ha exigido siempre que el consentimiento del acreedor para que un nuevo deudor sustituya al primitivo, se manifieste de un modo cierto e indudable; y en tercer lugar, es casi imposible imaginar de qué forma podrá acreditarse en el Registro para la inscripción del tal pacto la aquiescencia tácita del acreedor, pues no es de creer pueda inducirse de su silencio ante un acta de requerimiento. Sería preferible—agrega—para no contrariar la jurisprudencia y para evitar

complicaciones, que se suprimiese la alusión al consentimiento tácito.

El segundo y último párrafo del artículo 118 expresa: "Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuese ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado."

Con sereno juicio el autor comenta que se trata de otra subrogación, pero a la inversa. El deudor primitivo se subroga en el lugar del acreedor cuando paga a éste, después de haber anticipado el pago al comprador de la finca, que descontó del precio o retuvo el importe de la obligación hipotecada. Justificados estos extremos, la novación se produce de modo automático, *ex ministerio legis*, y el vendedor podrá accionar contra el comprador o sucesivos titulares de la finca esgrimiendo el mismo título del primitivo acreedor en cuya posición jurídica se ha subrogado.

Terminada la exposición, nos permitimos hacer un vaticinio: la hipoteca de responsabilidad limitada no tendrá en España aplicación práctica; es más, la pretendida innovación contenida en el párrafo segundo del artículo 138, ni es creación genuina de la legislación española, ni en la forma plasmada, modifica el ordenamiento jurídico, ya que sin necesidad del nuevo texto, nada impedía al acreedor hipotecario renunciar *a priori* a la acción personal contra su deudor ni condenarle *a posteriori* el remanente del importe no satisfecho otorgándole carta de pago por la totalidad del crédito, como señala el artículo 1.872 del Código civil para los casos de adjudicación de la prenda. Si tenemos en cuenta la regla de Derecho que dice: "se entiende permitido lo que no está prohibido", hay que convenir que el segundo párrafo del artículo 138 es simplemente enunciativo y recordatorio.

Indiscutiblemente que el legislador español no quiso introducir la hipoteca o "deuda territorial independiente" ni la "hipoteca del propietario", que expresamente repudia en el preámbulo de la nueva Ley, por considerar que estas figuras jurídicas no armonizarían con su sistema y estarían en abierta pugna con la tradición española y sus hábitos contractuales. A lo sumo, las hipotecas de responsabilidad limitada serán para los españoles, lo que han sido para los cubanos las sociedades limitadas, vehículos jurídicos que nadie o casi nadie utiliza.

3. En lo que a nosotros respecta, con fecha 4 de abril de 1933 se promulgó la Ley de fecha 3 del propio mes, que contenía cuatro artículos; por el primero se adicionaban los artículos 1.876 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria con lo siguiente: "el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca"; por el artículo segundo se ordenaba a los Jueces y Tribunales no sustanciar procedimiento alguno dirigido contra otros bienes, presentes o futuros, del deudor, para hacer efectivas las obligaciones garantizadas por contratos de hipotecas, que no sean los expresamente gravados por dicho contrato; por el artículo tercero se derogaban las disposiciones que se opusieran a su cumplimiento, y el artículo cuarto señalaba como fecha de su vigencia la publicación en la *Gaceta*.

Esta Ley se promulgó conjuntamente con la de igual fecha creadora de la primera moratoria hipotecaria, y al publicarse en forma de folleto, por la Cultural, S. A., redacté una breve Introducción en la que dije: "Se adiciona esta Ley (la de moratoria) con otra, sobre supresión del ejercicio de la acción personal en el contrato de hipoteca, de tanta o mayor importancia que la primera; aquélla tiene un carácter transitorio, al paso que ésta, al adicionar los artículos 1.876 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, se promulga con carácter definitivo, imponiendo al acreedor hipotecario la condonación de lo que hasta ahora habíamos llamado "diferencia o remanente en el precio del remate". Distintas opiniones se han pronunciado contra la moratoria hipotecaria, pero con respecto a la supresión del ejercicio de la acción personal, hemos observado unanimidad de criterios, a todos nos ha parecido siempre inmoral la facultad por parte del acreedor, de perseguir además de los bienes especialmente hipotecados, aquellos otros que constituyan el patrimonio de su deudor, hasta dejarlo en estado de total insolvencia, con mayor motivo cuanto que al contratar sólo tuvo en cuenta la garantía que le ofrecía la finca hipotecada.

4. Contra la citada Ley, que denominaremos de supresión del ejercicio de la acción personal, se promovió recurso de inconstitucionalidad por un acreedor a quien el Juzgado y la Audiencia, aplicando sus preceptos, prohibieron sustanciar un juicio ejecutivo en cobro de cantidad no cubierta en la subasta de la finca hipotecada. El Tribunal Supremo, por sentencia número 1 de 21 de febrero de 1934 declaró

con lugar el recurso y en su consecuencia inconstitucionales, por oponerse a los artículos 12 y 13 de la Constitución de 1901, vigente en aquella fecha, los artículos primero y segundo de la Ley citada, en cuanto comprendían sus preceptos obligaciones garantizadas con contratos de hipoteca celebrados antes de la publicación de dicha Ley en la *Gaceta*.

Los doctores Fernando I. Zayas y Jorge Hevia, Letrados de la recurrente, publicaron un folleto contenido esta sentencia, y sosteniendo la tesis de que declarados inconstitucionales los artículos primero y segundo de la Ley, dicha declaración era aplicable a los contratos celebrados con anterioridad a su promulgación y a los que se celebraran después en mérito a lo preceptuado en la Ley Constitucional de 1934, que señalaba en el párrafo quinto del artículo 78, que declarado por el Tribunal Supremo que una Ley es contraria a la Constitución, no podría aplicarse nuevamente, en ninguna forma ni por ningún pretexto.

Posteriormente, otro acreedor hipotecario promovió juicio ejecutivo contra su deudor a virtud del cual se embargaron distintos bienes, entre los cuales se comprendieron algunos no hipotecados. La entidad ejecutada pidió que se aplicara la Ley de 3 de abril de 1933 en cuanto se extendía la reclamación a propiedades no hipotecadas, y el Juzgado, y luego la Audiencia de La Habana, accedieron a lo pedido, dejando sin efecto el referido embargo. Contra ese auto de la Audiencia se interpuso recurso de inconstitucionalidad por vía de casación, alegándose que la Ley infringía preceptos de la Constitución de 1901 y de la Ley Constitucional de 3 de febrero de 1934. El Tribunal Supremo, por sentencia núm. 18 de 7 de marzo de 1935 (pág. 27 J. al Día), declaró sin lugar el recurso, sosteniendo que si bien era cierto que el Tribunal había declarado inconstitucional la Ley de 3 de abril de 1933 fué porque se oponía a los artículos 12 y 13 de la Constitución de 1901 que, como violados se citaron en el recurso que motivó dicho fallo, y no porque infringiera preceptos de la Constitución en ese momento en vigor, por lo que sólo tenía el alcance que le otorga a las resoluciones dictadas en recursos de esta índole el artículo 23 de la Ley de 31 de marzo de 1903, o sea el propio de las ejecutorias en materia civil, y no el que, con error, le atribuía el recurrente, estimando de aplicación el segundo párrafo del inciso 5.º del artículo 78 de la Constitución de 1934, que sólo rige cuando la inconstitucionalidad se

declara por haberse aplicado alguna Ley que infrinja algún precepto de la Ley constitucional vigente.

Esta propia sentencia se adiciona con un voto particular del Magistrado que antes fuera ilustre periodista, desgraciadamente fallecido, doctor Gastón Mora, que por analizar los fundamentos de la Ley de 3 de abril de 1933 queremos sintetizar: la Ley, prohibiendo que los acreedores hipotecarios, ejercitando la acción personal, puedan perseguir bienes libres del deudor, no comprendidos en la hipoteca y, por tanto, no afectados por ella, cuando el valor del bien hipotecado no cubra íntegramente el crédito reclamado en una Ley que debe tener y tiene efecto retroactivo, consistiendo la esencia moral de dicha Ley en impedir que los acreedores hipotecarios no sólo se queden con el bien inmueble que se les hipotecó, sino que, también, se queden con bienes no comprendidos en la hipoteca arruinando o empobreciendo, con esta tácita y abusiva extensión de sus derechos hipotecarios, a sus deudores, y consistiendo la esencia jurídica de la susodicha Ley, en que los acreedores, que aceptaron, en garantía de su crédito, una hipoteca constituida sobre determinado bien inmueble, estimando que su cuantía cubría completamente el importe de la cantidad que prestaban, no deben perseguir bienes no contenidos en la hipoteca, cuando el valor del bien hipotecado no sea suficiente para pagar el crédito garantizado por la hipoteca, pues si ese valor ha disminuido por una crisis que afecta a la riqueza inmueble, no es justo que las consecuencias las sufran únicamente los deudores, perdiendo, no sólo el bien que hipotecaron, sino también los que no incluyeron en la hipoteca. Que en el contrato de préstamo, con garantía hipotecaria, debe verse un solo contrato con propia individualidad jurídica, en el que tan importante es la garantía hipotecaria, que ofrece y da el deudor, como el préstamo que facilita el acreedor, y de tal modo es así que si el deudor no diera la hipoteca reclamada por el acreedor, no se realizaría por éste el préstamo, de donde resulta natural y lógico, y estrictamente jurídico, que el deudor sólo se halle obligado a solventar con el bien hipotecado, la responsabilidad que contrajo, cualquiera que sea el valor de ese bien cuando llegue el momento de la exigibilidad de la deuda, ya que la hipoteca sobre ese bien fué la única garantía impuesta por el acreedor o prestamista, y la única que el deudor hubo de aceptar.

Finalmente señala que esa conducta por parte de los acreedores persiguiendo otros bienes además del hipotecado cuando éste se *deprecia*,

en mayor o menor grado, constituye un enriquecimiento torticero e indebido, porque es, evidentemente, injusto y contrario a la equidad, que las consecuencias de la *depreciación* del bien hipotecado, por causa no imputable al deudor, las sufra únicamente éste, siendo así que debe sufrirlas igualmente el acreedor.

5. Como quiera que al declararse en 21 de febrero de 1934 inconstitucional la Ley de 3 abril 1933, muchos creyeron que se dejaba nuevamente en libertad a los acreedores hipotecarios para perseguir otros bienes además de los específicamente hipotecados, y hasta un año después (marzo, 7, de 1935) no fué que el Tribunal Supremo disipó toda duda, el Gobierno Provisional al dictar el Decreto-ley número 412 de 14 de agosto de 1934 sobre moratoria hipotecaria que todavía rige, en su artículo 54 dijo: "los créditos personales que sean remanente de obligaciones aseguradas con prenda o hipoteca después de ejecutada la garantía, quedan moratoriados íntegramente hasta 30 de junio de 1942, y, en consecuencia, el acreedor no podrá exigir pago alguno antes de esa fecha. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que establezcan las leyes sobre prohibición del ejercicio de la acción personal o remisión de la deuda en los casos de referencia."

El Decreto-ley 594 del propio año que reglamentó y completó el anterior, en su artículo 65 estableció una excepción para los créditos personales que fueren remanente de obligaciones *pignoraticias* después de ejecutada la garantía, ordenando que la moratoria no alcanzaba a la parte de la deuda en que ésta excediere al "valor conocido" de los bienes gravados en el momento de constituirse la prenda, respecto de cuyo exceso el acreedor podría ejercitar sus derechos y acciones libremente, si no le resultaba aplicable cualquiera otra de las moratorias establecidas, o hasta donde ésta se lo permita en el caso contrario. El artículo siguiente señala concretamente lo que debe entenderse por "valores conocidos" de los bienes pignorados.

La norma moratoriando los créditos personales sobre remanente de obligaciones aseguradas con hipoteca fué aplicada por el Tribunal Supremo en sus sentencias números 63 de abril, 20, de 1935, y 14 de enero, 25, de 1936.

La razón de estas controversias la debemos encontrar en la parte final del artículo 54 del aludido Decreto-ley 412 de 1934, que determinó que la moratoria decretada en cuanto a estos créditos lo era sin

perjuicio de lo que establezcan las leyes sobre prohibición del ejercicio de la acción personal o remisión de la deuda en los casos de referencia. Sin duda alguna los deudores creyeron más fácil ampararse en la moratoria de la acción personal que en la prohibición de su ejercicio.

También la Audiencia de La Habana resolvió: "Si en la ejecución despachada contra el deudor se persigue el pago de un crédito personal, remanente de una obligación asegurada con hipoteca, después de ejecutada la garantía, es preciso sentar que tal crédito viene comprendido en los beneficios de la Ley de Moratoria, por así disponerlo el artículo 54 de la misma. (Autos núm. 270 de 14 de octubre de 1935 y núm. 290 de 13 de noviembre de 1935 (1).

6. En estas condiciones se promulga el Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936, que nos ofrece en sus por cuantos su razón de ser, y al efecto comienza por hacer referencia a la Ley de 3 de abril de 1933 que "prohibió al acreedor hipotecario establecer procedimiento alguno en ejercicio de acción personal o de otra clase contra bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca"; y "en los casos en que una obligación estaba asegurada al mismo tiempo con garantía hipotecaria y de otra clase, el acreedor sólo podía ejecutar la primera, ya que el ejercicio de la acción contra la segunda estaba enervado por la prohibición antes mencionada, lo que resultaba injusto y contrario a la finalidad que debió inspirar el legislador, ya que se despojaba al acreedor de una parte de su garantía" y que "a virtud de lo expuesto, se hace necesario rectificar el alcance y contenido de la referida Ley", agregando que por razón de interés social procedía aplicarlo con carácter y efectos retroactivos. Este Decreto-ley contiene cuatro artículos; el primero dice: "Las obligaciones aseguradas con hipoteca o con esta y otra garantía, no podrán, en ningún caso, hacerse efectivas sobre bienes que no fueron específicamente gravados en el contrato"; el segundo señala que los Jueces y Tribunales no dispondrán ni sustanciarán, en ningún caso, procedimiento alguno dirigido contra otros bienes que no sean los expresamente gravados en el contrato, para hacer efectivas las obligaciones a que se refiere el artículo anterior; el tercero se limita

(1) La transitoria constitucional de 4 de junio de 1940 sobre moratoria hipotecaria contiene una regla que dice: «Novena. Las obligaciones aseguradas con prenda con anterioridad al 4 de septiembre de 1937, únicamente podrán hacerse efectivas sobre los bienes específicamente gravados en el contrato, extinguiéndose, en su consecuencia, la acción personal contra los deudores o sus fiadores.»

a indicar los efectos retroactivos, y por el último, se derogan las disposiciones legales que se le opongan y, especialmente la Ley de 3 de abril de 1933.

7. Nuestro Martínez Escobar, en su obra "Las Tercerías de Mejor Derecho", al tratar de los créditos que gozando de preferencia con relación a determinados bienes muebles o inmuebles no hubieren sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, y que lo siguen siendo, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda, según su respectiva naturaleza, se refiere a la Ley de 3 de abril de 1933, diciendo: "Ha suprimido en absoluto la acción personal." "Limita la responsabilidad de las obligaciones hipotecarias al precio de los bienes dados en garantía. Liberta de esa responsabilidad a los demás bienes que tenga o pueda tener el deudor." "Si la acción se dirige contra bienes especialmente gravados, no es personal. Ejercitada contra un tercer adquirente, como dueño de aquéllos, es real. Ejercitada contra el obligado principalmente para que pague con su precio, es también real, sean cuales fueren los términos de la Ley, no habrá acciones personales, por la imposibilidad de que las haya contra los bienes hipotecados, únicos contra los que en lo sucesivo puede dirigirse el acreedor. Sólo habrá acción real contra los bienes gravados, pertenezcan al deudor obligado o a un tercero que los haya adquirido."

De una manera terminante agrega: "Una vez realizados los bienes, la obligación garantizada con la hipoteca queda extinguida. La Ley da al deudor carta de pago del crédito."

Con todo lo expuesto estamos conformes, pero no así con el comentario que dedica al Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936, que antes relacionamos; sostiene Martínez Escobar que la Ley de 3 abril de 1933 dejó una puerta abierta a la acción personal, que se creyó necesario cerrar herméticamente y que para darle el golpe de gracia se promulgó este último Decreto-ley; para llegar a esta conclusión, que nos luce un tanto en contradicción con lo por él anteriormente expuesto, afirma que cuando a la garantía hipotecaria se unía otra de diferente orden, a la sombra de esta última se perseguían todos los bienes de deudor, ya que no se ejercitaba la acción hipotecaria, sino la referente a la otra garantía, no exceptuada de la personal, y que el Decreto evitó que esto se repitiera.

Pero es que, el propio Decreto expresa, en el razonamiento que determina su promulgación, todo lo contrario, esto es, que en los casos

en que una obligación estaba asegurada al mismo tiempo con garantía hipotecaria y de otra clase, el acreedor sólo podía ejecutar la primera, ya que el ejercicio de la acción contra la segunda estaba enervado, lo que resultaba injusto y contrario a la finalidad que debió inspirar al legislador, ya que se despojaba al acreedor de una parte de su garantía.

Con todo el respeto que nos merece la opinión del distinguido Magistrado, entiendo que en lugar de cerrarse las puertas herméticamente, se entreabrieron. Con la Ley de 3 de abril de 1933 el acreedor en ningún caso podía dirigirse por acción personal o de otra clase ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca, y por el Decreto-ley 490 de 1936 puede dirigirse contra el bien hipotecado y contra la otra garantía, luego el ejercicio de la acción es más amplio.

El Dr. Martínez Escobar, en su obra "Derecho Inmobiliario", publicada en 1942, como apéndice de "Las Inscripciones", ratifica su anterior criterio, en el capítulo XXXV, y se remite a "Las Tercerías de Mejor Derecho", donde concluye: "La Ley histórica de 3 de abril de 1933, demoledora de la acción personal, está, consiguientemente, derogada. La sustituyó, corregida y aumentada, el Decreto 490."

8. Otro tópico que estudia Martínez Escobar es el caso de la hipoteca no inscrita, y se pregunta: ¿Comprende la Ley a la hipoteca no inscrita? Parece que se decide por la afirmativa de acuerdo con el criterio que sustentara en su voto particular a la sentencia núm. 30 de 5 de febrero de 1936, en cuyo caso se discutió si la moratoria hipotecaria beneficiaba a un deudor cuya hipoteca no se había inscrito en el Registro, allí dijo: "Que ese derecho a la moratoria no está subordinado a la voluntad del acreedor de llevar o no la hipoteca al Registro; que la falta de inscripción del crédito impedirá que surta efectos contra terceros, pero no modifica las relaciones jurídicas entre los propios contratantes, ni les quita los derechos que les otorga la Ley, en relación con lo que es objeto del contrato; que la hipoteca como contrato consensual, existe desde que se otorga la escritura en que el deudor y el acreedor fijan sus respectivas obligaciones, y desde ese momento, los contratantes están obligados a cumplir lo convenido, con todas sus consecuencias legales." La mayoría se decidió teniendo en cuenta la sustantividad de la hipoteca, esto es, que si la hipoteca, constituida en garantía del préstamo, no se había inscrito, la hipoteca no había quedado válidamente constituida. La inscripción es un requisito esencial de

la hipoteca, tan esencial, que sin ello no es tal hipoteca. No siéndolo, no hay crédito hipotecario ni acreedor hipotecario, sólo existe un crédito común, tan común como otro cualquiera que sea escriturario, y a los créditos comunes no alcanza la prohibición de la Ley, que se contrae exclusivamente a los hipotecarios, entre los que no pueden contarse los no inscritos.

Los deudores que se encuentren en este caso, podrán, para poder acogerse a los beneficios de la moratoria hipotecaria ejercitar los derechos que le brinda el artículo 58 del Decreto-ley 412 de 14 de agosto de 1934, esto es, obtener sentencia firme, que deje válidamente constituido el gravamen hipotecario, ya que este precepto dispone que aquellas obligaciones constituidas con anterioridad a su vigencia si se garantizan durante el término de la moratoria con hipoteca, en cumplimiento de sentencia firme que imponga la constitución del gravamen, o en cumplimiento de lo convenido mediante documento fechado de fecha anterior a su promulgación, le será aplicable la moratoria hipotecaria.

Lo dicho se contrae a la Ley de Moratoria, pero con respecto a la materia que nos ocupa, como muy bien dice Martínez Escobar, el deudor no puede quejarse de indefensión, tiene en sus manos en todo momento el hacer fracasar la acción personal contra sus bienes no gravados: inscribiendo, "La inscripción que haga el deudor, como un soplo, echa abajo ese hermoso castillo de naipes".

Resumiendo podemos decir: "La Ley de 3 de abril de 1933 suprimiendo la acción personal se dictó para los contratos hipotecarios, a tal extremo que adicionó el artículo 1.876 del Código Civil y el 105 de la Ley Hipotecaria; el Decreto-ley 490 de 7 de enero de 1936 permite al acreedor hacer efectiva su garantía contra el bien hipotecado y contra los demás bienes específicamente gravados.

El Decreto-ley 490 de 1936 trató de enmendar un error: cuando además del bien hipotecado existía otra garantía, consideró justo que pudiera hacerse efectiva sobre esta otra. Nosotros presumimos que la pragmática fué gestionada por los Bancos, ya que sólo estas instituciones acostumbran a celebrar contratos en los que se exigen múltiples garantías, los particulares muy rara vez utilizan esta forma de contratación.

De más está decir que en todos estos supuestos se extingue con su ejercicio la acción, no pudiendo quedar remanente a favor del acreedor.

Si se ofrece conjuntamente una garantía hipotecaria y otra prendaria con el precio de la venta en pública subasta se finiquita la operación. Ahora bien: siempre tiene que existir una hipoteca, un bien inmueble o derecho real que sirva de garantía, para que resulte de aplicación el Decreto-ley 490 de 1936. Una hipoteca y una prenda, una hipoteca y una garantía de establecimiento mercantil; una hipoteca y una marca afectada; una hipoteca y una garantía pecuaria, pero si existen dos prendas o una prenda y otra garantía no podrán los deudores ampararse en los beneficios del Decreto-ley. En los supuestos de prenda entraría en juego el artículo 1.872 del Código Civil que previene que en los casos de adjudicación el acreedor está obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

9. Si se ofrecen distintos bienes inmuebles en garantía, entonces por el principio de especialidad que informa nuestro régimen hipotecario, hay necesidad de distribuir entre los mismos el importe del crédito y entonces prácticamente se están constituyendo distintas hipotecas. Si se pretendiera garantizar tan sólo con otro inmueble la diferencia del precio del remate, es decir, el déficit entre el importe del préstamo y el valor del inmueble subastado, nos encontraríamos en presencia de la llamada "hipoteca subsidiaria" no inscribible, según resolución núm. 2 de 9 de marzo de 1912, por ser contraria a los artículos 119 y 164 de la Ley Hipotecaria y su Reglamento.

La sentencia núm. 97 de 18 de mayo de 1936 de nuestro Tribunal Supremo, de la que fué ponente el Dr. Guillermo de Montagú, contempló el caso de nulidad de una hipoteca ofrecida como refuerzo de otra anterior para el caso que, subastada la primera finca hipotecada, su precio no alcanzara para cubrir el importe de la obligación, sus intereses y costas, y concretamente resolvió que "si bien el artículo 142 de la Ley Hipotecaria autoriza la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición, no permite la de aquellas en que de modo condicional y suspensivo se grava una finca por la cantidad que no alcance a cubrir en su día el importe del inmueble primeramente hipotecado y hasta el límite máximo de la total responsabilidad, para el caso—y, por consiguiente, en previsión y subsidio—de que se produzca la contingencia aludida, pues tales hipotecas resultan incompatibles con el espíritu y esencia de la Ley, y muy especialmente con los artículos 119 de la misma y 164 de su Reglamento".

Aunque esta sentencia tiene fecha posterior al Decreto-ley 490 de

7 de enero de 1936, podría sostenerse que, efectivamente, la tal hipoteca subsidiaria no resulta inscribible y es nula por oponerse a la Ley Hipotecaria y su Reglamento, pero al fin y al cabo es una garantía contractual, y por ende, comprendida en el artículo I del Decreto-ley 490 que habla de obligaciones aseguradas con hipoteca, o con ésta y otra garantía, sin precisar la naturaleza jurídica que debe tener esta última. Ya dijimos que el deudor que pretenda ampararse en el Decreto-ley 490 debe ser deudor hipotecario, que si no hay hipoteca no hay protección, luego si existe una hipoteca y otra garantía en forma de hipoteca subsidiaria (no inscribible y, por consiguiente, reducida a un tipo genérico de garantía) no debe caber duda que el acreedor podrá hacer efectiva su obligación sobre la hipoteca y sobre la otra garantía. El caso no se ha presentado, pero no encontramos diferencia alguna entre obligación asegurada con hipoteca y prenda y obligación asegurada con hipoteca y otra garantía, aunque ésta fuera una afectación no inscrita, sin la protección registral, pero no por esto deja de constituir una garantía, a tal extremo que el Código de Defensa Social en el inciso 11) del artículo 550 sanciona por estafa "al que dispusiere de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada o sujeta a otro derecho limitativo del dominio o de la disponibilidad de la cosa".

El autor de este trabajo, en un caso de bienes afectados en forma de "hipoteca subsidiaria", no inscrita, en la que la empresa propietaria y deudora dispuso de los bienes como libres, sabiendo que estaban gravados, ejercitó en vía criminal el derecho del acreedor y obtuvo el procesamiento de los vendedores por el perjuicio que habían ocasionado a la parte acreedora disminuyendo la garantía específicamente convenida. (Artículo 561 del Código Penal derogado.)

10. En presencia de todo lo expuesto, cabe preguntar, ¿en qué situación quedaban los segundos y posteriores acreedores hipotecarios cuyos créditos habían sido barridos del Registro por no haber alcanzado el valor de los bienes hipotecados para satisfacer a los primeros acreedores? La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de La Habana nos ofreció la contestación siguiente: "La prohibición que la Ley de 3 de abril de 1933 impone al acreedor hipotecario de no poder perseguir otros bienes del deudor que no fueran los especialmente dados en garantía, se refiere a aquellos casos en que el acreedor pueda dirigir su acción contra el bien hipotecado, pero no puede en manera alguna comprenderse entre la prohibición de dicha Ley el caso como el que es objeto

del presente juicio, en que el bien dado en garantía de su crédito, dejó de existir en poder de su deudor por haber sido rematado y adjudicado a un primer acreedor hipotecario, por virtud de la preferencia de su crédito, lo que trajo como consecuencia, que se cancelara en el Registro la inscripción que produjo su hipoteca, desapareciendo, por tanto, ésta, por lo que carente de la garantía original, perdió su carácter de tal crédito hipotecario convirtiéndose en un simple crédito escriturario, que la da acción para perseguir cualquier otro bien libre del deudor por el procedimiento que ha establecido, en uso del derecho que a todo simple acreedor conceden los artículos 1.740 y 1.753 del Código Civil." (Sent. núm. 662 de diciembre 22 de 1934, pág. 358. Rep. Jud.)

La solución no pudo ser más concreta, pero más tarde, con la ponencia del estudioso Magistrado, Dr. Emilio Menéndez, la propia Sala, conociendo de un incidente en procedimiento sumario en que un acreedor que se adjudicó en remate el bien sujeto a la hipoteca, por suma mucho menor que el precio, pretendió que se embargaran otros bienes de su deudor para hacer efectivo con los mismos las costas causadas en el procedimiento, dijo: "que con independencia de si estuvo acertado o no el Juez al ordenar la práctica de la tasación de costas después de conocer el precio de la adjudicación del inmueble hipotecado, el que respondía por el principal y costas según la escritura, es lo cierto que sí lo estuvo al negar que siguiera la vía de apremio contra otros bienes que no fueron específicamente gravados, por lo estatuido en los artículos 1.^o y 2.^o del Decreto-Ley 490 de enero 7 de 1936" (auto 97 de 17 de abril de 1936, pág. 112. Rep. Jud. 1937).

La propia Sala, un mes después, negó todo derecho al segundo acreedor hipotecario en los términos siguientes: "que el título presentado como base de la presente ejecución consiste en una escritura de préstamo con garantía hipotecaria de casa situada en esta ciudad, habiéndose señalado para el embargo bienes distintos del inmueble hipotecado con el fundamento de que éste había sido rematado por un acreedor preferente, lo que dió lugar a que se cancelara la hipoteca, quedando ésta extinguida. Que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.^o de la Ley de 3 de abril de 1933, no debió despacharse la ejecución, sin que a ello obste que cuando se estableció la demanda el crédito ya no estaba asegurado con hipoteca alguna por haberse cancelado en el Registro de la Propiedad, la que se constituyó, porque el artículo 1.^o de la referida Ley no permite excepciones ni se detiene

a considerar la posible desaparición de la garantía hipotecaria sin que el acreedor percibiera cantidad alguna en pago de su crédito, sino que, de manera terminante y refiriéndose a toda clase de acreedores a quienes en el acto del contrato se les hubiera otorgado la garantía hipotecaria, dispuso que el acreedor en ningún caso podía dirigirse para hacerse pago de su crédito contra otros bienes que no fueron objeto del contrato de hipoteca". (Sent. 170 de 29 de mayo de 1936, pág. 157. Rep. Jud. 1937.)

La anterior Resolución de la Audiencia de La Habana, cita además en su apoyo la sentencia núm. 51 de 26 de febrero de 1936 del Tribunal Supremo, que contempló el siguiente caso: la Audiencia sentenciadora estimó que a la demandante asistía la acción de nulidad que ejercitaba porque le perjudicaban las irregularidades cometidas en el procedimiento, toda vez que habiéndose rematado la finca por un precio que no alcanzó a cubrir el crédito preferente, garantizado con hipoteca de la misma, quedaba obligada a pagar una segunda hipoteca si se ejercitaba contra ella acción personal; y dijo que ese criterio era erróneo, porque por consecuencia del expresado remate dicha finca pasó a ser de la propiedad de una tercera persona, y, después de la promulgación en 4 de abril de 1933 de la Ley de 3 del propio mes, trátese de primera o posteriores hipotecas, y háganse o no éstas canceladas en el Registro, no puede ningún acreedor dirigirse por acción personal para el cobro de los tales créditos, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca, sin que a ello empece que la susodicha Ley no se encuentre en vigor, por haber sido derogada por el Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936, porque en el mismo se ha mantenido en todas sus partes lo dispuesto en aquélla, ampliándolo a las obligaciones aseguradas con hipoteca y otra garantía; *lo que hace de todo punto imposible el ejercicio de la acción personal en esos casos y que no perjudicando a la actora las actuaciones cuya nulidad reclama, falta la condición necesaria para el ejercicio de esa acción; por lo que declaró con lugar el recurso y anula la sentencia recurrida.*

La Sala primera de la Audiencia de La Habana, por sentencia número 14 de enero 26 de 1938 (pág. 7 Rep. Jud. 1939), reiteró su doctrina invocando expresamente la anterior Resolución del Tribunal Supremo, y repitió que el segundo acreedor hipotecario barrido del Registro por el remate de una hipoteca preferente, le es de todo punto imposible el ejercicio de la acción personal.

La propia Sala avanzó más en sus conclusiones en su sentencia 184 de 14 de septiembre de 1938 (pág. 189 Rep. Jud. 1939), al declarar que el acreedor, cuyo crédito está representado por un bono hipotecario cuya garantía había desaparecido por un remate anterior, al no "poder hacerlo efectivo sobre otros bienes del deudor" el referido bono carece de valor y no representa crédito alguno"; que se trataba de un "crédito inexistente por haber perdido su eficacia y exigibilidad". El Tribunal Supremo, por sentencia núm. 215 de diciembre 3 de 1938, declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia. (Pág. 776 J. al Día.)

11. En diligencias para la ejecución de la sentencia dictada en juicio declarativo de mayor cuantía, sobre nulidad de procedimiento hipotecario, pidió el demandante que se compensara el crédito que por costas del juicio adeudaba a la demandada, con el crédito hipotecario que ésta le adeudaba, el cual había sido cancelado en el Registro a consecuencia del procedimiento sumario seguido en cobro del primer crédito hipotecario, recayendo providencia "de no ha lugar". La Audiencia, por auto 176 de junio 23 de 1939 (pág. 251 Rep. Jud.), declaró que al no poderse hacer efectivo el crédito hipotecario sobre bienes de su deudora por no pertenecer ya a ésta el único bien, sobre el que podía ejecutarse el crédito, éste, de hecho y de derecho, no resulta exigible, faltándole, por consiguiente, la condición que para ser compensable requiere el inciso 4.º del artículo 1.196 del Código Civil, o sea la de ser líquida y exigible la deuda. El Tribunal Supremo declara: "que mediante la compensación, cada uno de los acreedores se hace pago de su crédito con el del otro, equivaliendo a su reciproca realización sobre el adeudo concurrente. En su virtud, prohibido por los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley 490 de 1936 que se hagan efectivos los provenientes de hipotecas sobre bienes distintos de los hipotecados, es indudable su *inexigibilidad* en relación con los demás, entre los cuales figurán indudablemente todos los derechos patrimoniales del deudor, que no cabe declarar una compensación que equivaldría a autorizar y llevar a cabo el cobro prohibido sobre un crédito activo no comprendido ni alcanzado por la garantía". (Sent. núm. 234 de noviembre 11 de 1939, pág. 713 J. al Día.)

El propio Tribunal Supremo, por sentencia núm. 139 de junio 12 de 1939 (pág. 438 J. al Día), declaró con lugar un recurso de casación y reitera que cuando el inmueble que garantizaba el préstamo

hipotecario ha sido rematado por el primer acreedor hipotecario y canceladas las restantes hipotecas, entre ellas la que garantizaba el crédito objeto del juicio, procede declarar sin lugar la demanda.

La última resolución de que tenemos conocimiento en relación con esta materia es el auto núm. 41 de marzo 11 de 1943 de la Audiencia de La Habana (pág. 137 Rep. Jud.), que declaró: adjudicado el bien hipotecado por cantidad inferior al principal reclamado, hay que estimar inexigibles en esa adjudicación las costas que también el bien garantizaba, cualquiera que fuera su cuantía, porque no tendrá acción el acreedor para hacerlas efectivas sobre ningún otro bien del deudor presente o futuro; la tasación de costas interesada constituye una diligencia jurídica y económicamente inútil.

12. La Ley de 14 de febrero de 1938, denominada de "Rehabilitación del Crédito Público", en su artículo 39, párrafo final, dice: "Por las propias causas que inspiran los precedentes preceptos de este artículo, se declara expresamente que el Decreto-Ley 490 de 7 de enero de 1936, deroga toda disposición anterior que se oponga a su cumplimiento en materia de contratos hipotecarios. En ningún caso serán específicamente o de otro modo comprendidos en la garantía hipotecaria, ni las rentas y proventos ni los fondos producidos con anterioridad a la ejecución dictada con motivo de la falta de pago del principal o de los réditos a sus respectivos vencimientos".

La primera parte contiene una disposición innecesaria; todos sabemos que las leyes se derogan por las leyes posteriores, pero como si ésto fuera poco, el propio Decreto-Ley 490 de 1936, en su artículo 4.º, dijo expresamente que quedaban derogados todos los decretos-leyes, leyes, decretos, órdenes, reglamentos y demás disposiciones que se opusieran a su cumplimiento. La segunda parte modifica la regla contenida en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, en cuanto señala que la hipoteca se extiende a las rentas no percibidas al vencer la obligación, cuya extensión era considerada injusta por algunos autores, pero no es nuestro propósito detenernos en este particular.

13. El profesor Dorta Duque, en su "Curso de Legislación Hipotecaria", de cuya obra ya dijimos, al hacer su nota bibliográfica, que se caracteriza por su claridad y la sistematización total de su contenido, al analizar las responsabilidades de la hipoteca y la obligación, expresa que la concurrencia de ambas ha sufrido entre nosotros por los efectos del Decreto-Ley 490 de 1936 una radical alteración, que equi-

vale a mantener la efectividad jurídica y la eficacia sólo de la acción real. Celebra el profesor Dorta la norma, por cuanto suprimió el abuso e injusticia que permitía al acreedor, mediante el ejercicio de la acción personal, perseguir sin límite al deudor, llegándose a verdaderos despojos. Sostiene que no se ha alterado la naturaleza de la hipoteca, garantía de una obligación principal y que no se ha abolido la responsabilidad genérica del patrimonio del deudor, ya que el campo de las relaciones entre la hipoteca y la obligación, es asaz complejo y múltiple, y pueden escapar a la previsión del legislador muchas situaciones en que mantenga la obligación su efectividad, con independencia del ejercicio de la acción real, señalando como ejemplo los casos de compensación y aquellos otros en que se declare inexistente o nula la hipoteca. En la primera edición de esta obra, creyó el Dr. Dorta que el segundo acreedor hipotecario, cuya garantía había desaparecido como consecuencia del remate del primer acreedor, podía ejercitar su acción personal, y ya hemos visto que los Tribunales declararon lo contrario; en la segunda edición, cita los casos de compensación como ejemplo de subsistencia de la acción personal, pero tampoco los Tribunales le han dado la razón. Nosotros siempre hemos estimado, según expusimos en la breve Introducción contenida en el folleto publicado por la Cultural, S. A., al promulgarse la Ley de 3 de abril de 1933, que se ha suprimido del todo la acción personal y que se ha impuesto al acreedor la condonación de lo que denominábamos diferencia o remanente en el precio del remate. Este fué el propósito del legislador, y así lo han interpretado los Tribunales. *Antes, en el contrato de Préstamo e Hipoteca, lo principal era el Préstamo y lo accesorio la Hipoteca; ahora, lo principal es la Hipoteca, y el Préstamo ha pasado a ser la causa del contrato.*

El acreedor da el dinero para que se constituya la hipoteca, y el deudor, en mérito a su recepción, otorga el gravamen; si la hipoteca es nula, procederá la restitución y la aplicación de las demás reglas que para la nulidad de los contratos señala el Código Civil; si se ha variado la naturaleza jurídica de la hipoteca, lógico es que se varíen también sus efectos y consecuencias.

Entre nosotros, de acuerdo con lo preceptuado en el Código Civil, no puede haber contrato sin *consentimiento, objeto y causa*; pero el propio Código agrega: "aunque la causa no se exprese en el contrato se presume que existe". En su consecuencia, siendo la hipoteca un

contrato, no puede dejar de tener "causa", pero como ésta puede presumirse, nos aproximamos a la "deuda territorial" del Derecho alemán, que no necesita presumir el crédito para que la hipoteca tenga existencia legal, recurriendo a una abstracción sobre el valor. En otras palabras, que la diferencia es más bien de orden filosófico; pero si continuamos por este camino llegaríamos al campo de las abstracciones, que no es nuestro objetivo.

14. El profesor Dr. Antonio Díaz Pairó, en su obra "Introducción al Derecho de Obligaciones", dedica el último capítulo al estudio de las obligaciones naturales, "caracterizadas por no estar tuteladas de modo completo por el legislador, que no otorga acción para obtener su cumplimiento, aunque las hace producir otros efectos jurídicos, el principal de los cuales y más característico, es que si se cumplen voluntariamente, no cabe repetir lo pagado", y señala como ejemplo de nuestro ordenamiento jurídico el Decreto-Ley 490 de 1936, aunque sosteniendo que "el deudor no queda liberado, pues así no lo dispone el citado Decreto-Ley, pero su obligación no puede hacerse efectiva de modo forzoso, por lo que debe persistir con el carácter de natural".

Podrá haber algún deudor que por honorabilidad pague una segunda hipoteca extinguida registralmente o el remanente de una primera no solventada totalmente, pero dudamos que abandone después la honorabilidad para recuperar el dinero. Si lo hace, el acreedor se excepcionará al amparo de la doctrina de los "actos propios", y diría nadie puede volverse contra sus actos, no puede el deudor impugnar como nulo lo que antes aceptó como bueno; el deudor, a su vez, insistiría que no le resultaba aplicable esta doctrina de los actos propios, ya que había satisfecho una obligación legalmente extinguida, pero no vemos la necesidad de proseguir por este sendero; harto significativo es la complicación que sobre la doctrina de los actos propios ha elaborado la jurisprudencia, que inclusive se ha llegado a aplicar en materia de inconstitucionalidad por mayoría del Pleno. Desde luego, que este supuesto ofrece mucha analogía con el pago de la obligación extinguida por prescripción, pero yo por mi parte considero que la solución debe ser la misma que la que ofrece el artículo 1.872 del Código Civil, que ordena dar carta de pago por la totalidad del crédito, esto es lo que ha querido el legislador y lo que se desprende de la jurisprudencia, finalizar la operación con el remate de los bienes.

La situación del acreedor hipotecario no satisfecha en todo o en parte con la subasta del bien hipotecado, es la misma que la del acreedor prendario que se adjudica el bien por precio inferior al monto de su crédito; igual a la del acreedor de la sociedad mercantil en comandita frente a la responsabilidad de los socios comanditarios, cuando el patrimonio social no alcanza a cubrir el pasivo; exactamente la misma a la del acreedor de la sociedad anónima, frente a los socios de ésta, cuya responsabilidad por las obligaciones y pérdidas de la compañía queda limitada a los fondos que pusieron o se comprometieron a poner en la masa común; e idéntica a la del acreedor de la sociedad de responsabilidad limitada que tiene que conformarse con el activo social para cobrar su crédito. Y a nadie se le ha ocurrido en estos supuestos hablar de la obligación natural y de los complicados problemas que se puedan occasionar.

15. Y para finalizar, diremos: *la hipoteca ha ido absorbiendo al préstamo*, que ahora sólo le sirve de causa; si se tiene presente que la hipoteca puede constituirse por la sola voluntad del dueño, en garantía de una obligación futura, representada la mayor parte de las veces por una emisión de bonos hipotecarios, cuya existencia y legalidad se ha admitido, aun cuando los bonos no hayan salido de manos del emisor, teniendo necesidad la doctrina y la jurisprudencia de hacer juegos malabares con la "causa", llegamos a la conclusión que, reconocida prácticamente la "hipoteca del propietario", no estamos a mucha distancia de la "deuda territorial" o hipoteca sin causa o con causa abstracta.

Y es que la contratación se ha adelantado, como siempre ocurre, al legislador, toda vez que poner en marcha el pesado mecanismo legislativo entre nosotros, no es tarea fácil, como se evidencia con la morosidad en la elaboración de las leyes complementarias de la Constitución.

La contratación, impulsada por necesidades de la vida, no se detiene por detalles técnicos; cuando se necesita la institución, se crean los Tribunales por medio de la jurisprudencia, recogen los progresos científicos, los sancionan y les otorgan carta de naturaleza. El Derecho siempre se acomoda a las circunstancias sociales y está en permanente renovación.

Entre nosotros, el principio de libre contratación, la libre iniciativa de las partes en el arreglo de sus negocios, la necesidad de facilitar el

crédito, tan necesario para el desarrollo de la industria y el comercio, ha permitido y permite cuantas clases de hipoteca reglamenta el Código Civil alemán, que cuida de catalogarlas con sus nombres específicos, haciendo resaltar a través de una clasificación minuciosa sus características más sobresalientes, permitiendo siempre la transformación de una en otra a voluntad de los contratantes. Nosotros, en la práctica, hacemos funcionar esas modalidades de la hipoteca, sólo falta que el legislador las incorpore al ordenamiento legislativo, pues la jurisprudencia no le ha puesto reparos.

El Derecho hipotecario germánico, como nos expresa con singular precisión el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla, D. Alfonso de Cossío y Casal, en su obra "Lecciones de Derecho Hipotecario" (1), se caracteriza por limitar la responsabilidad de la cosa gravada, excluyendo la responsabilidad personal, y dar a la hipoteca carácter independiente del crédito asegurado, negando su *accesoriedad*. El Código Civil alemán de 1896 reconoce nada menos que doce formas de garantía hipotecaria, aunque la realidad ha demostrado la inutilidad de muchas de ellas; en otras palabras, que allí el legislador se ha adelantado a la contratación, al paso que, entre nosotros, ha quedado rezagado.

Pero es que tampoco la hipoteca, en su acepción clásica, esto es, como accesoria de una obligación principal, se mantiene tan pura en el ordenamiento jurídico español; basta contemplar el supuesto de una hipoteca extinguida por pago, no cancelada en el Registro, y que después la adquiere un tercero de buena fe; el transmitente habrá incurrido en un delito de estafa, pero el deudor tiene que soportar el gravamen; aquí la hipoteca pasa a tener una naturaleza independiente, abstracta, por el juego del principio hipotecario del tercero, a quien no le perjudica lo que no resulte del Registro.

Puede afirmarse que cuando interviene un tercero adquirente de buena fe, no obstante cualquier modificación que haya sufrido la obligación, si la misma no se ha reflejado en el Registro, se independiza la hipoteca del préstamo, cobrando la hipoteca vida autónoma.

Esta nota de independencia es la que caracteriza la "deuda territorial" del Derecho alemán, aunque ésta "no presupone un crédito".

(1) Curillo de conferencias pronunciadas por ese autor en la Universidad de Sevilla, durante los meses de febrero, marzo y abril de 1945, sobre «La última reforma de la Ley Hipotecaria».

sino sólo un derecho abstracto de realización de valor. Teniendo presente que una "deuda territorial" puede transformarse en una "hipoteca de seguridad" o de otra clase, sin perder su rango, tenemos que convenir que la diferencia, con la "hipoteca de responsabilidad limitada" cubana, es ínfima. Las complicaciones de la obligación natural a que se refiere D. Angel Sanz, son más imaginarias que reales, y los autores no se han puesto de acuerdo en la determinación de la verdadera naturaleza jurídica de la obligación natural, que muchos consideran como un deber de conciencia o de honor.

En definitiva, diremos: nuestra hipoteca presume el préstamo que le sirve de causa; la "deuda territorial" alemana no presume el crédito, y si lo presume, no admite la prueba en contrario. Nosotros estamos frente a una presunción *juris tantum*, y el Derecho germánico frente a una presunción *juris et de jure*. Habituados al sistema tradicional nos cuesta trabajo hacernos cargo del negocio abstracto, ajeno a toda consideración causal, y ésta es la dificultad que tenemos que vencer.

MARIO NIN Y ABARCA,
Registrador de la Propiedad, cubano.