

NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA (*)

Por NELSON JULIO LOPEZ DEL CARRIL

INTRODUCCIÓN

Para entrar al estudio del tema —naturaleza jurídica de la hipoteca— debemos primeramente definir la institución y para ello recorreremos los conceptos dados por nuestra legislación positiva y por la extranjera.

Así, nuestro codificador ha definido la hipoteca (art. 3108) como el "derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor".

El Anteproyecto de Reformas al Código Civil del Dr. Bibiloni mantiene la definición del art. 3108, que ya hemos visto. El Proyecto de la Comisión Reformadora (art. 1715) dice que "la hipoteca es el derecho real establecido en seguridad de un crédito cierto en dinero sobre inmuebles determinados, que continúan en poder del constituyente".

El C. C. francés en el art. 2114 define la hipoteca como el "derecho real sobre inmuebles afectados al pago de una obligación. Ella es, por naturaleza, indivisible, y subsiste por entero sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada porción de esos inmuebles. Ella los sigue en cualquier mano por la que pasen".

El C. C. uruguayo en su art. 2322 dice: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley sobre determinados bienes raíces que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor".

El C. C. mexicano en su art. 2893 nos dice: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la ley".

(*) Monografía presentada en el Instituto de Derecho Civil, Carrera de Abogacía. El presente trabajo fue guiado científicamente por los señores Profesores Asociados de Derecho Civil IVº Curso, Doctores Guillermo L. Allende y Manuel A. Laguna.

El C. C. brasileño nos dice (art. 674, inc. 9.º): "Son derechos reales: ... la hipoteca ...".

El Anteproyecto de C.C. para Bolivia, del Dr. Angel Osorio, dispone en el art. 1468: "En virtud del contrato de hipoteca se constituye una finca o un derecho real propios del deudor o de otra persona, en garantía del cumplimiento de una obligación".

El Código de Derecho Canónico remite a la legislación civil del territorio donde se han de realizar las operaciones hipotecarias. (Cánon 1529. Cód. de Derecho Canónico. Bilingüe y Comentado. Miguelez, Alonso y Cabrerros. Madrid, 1937).

El Código Civil alemán (B. G. B. 113) dice: "Una finca puede ser gravada en forma que aquel en cuyo beneficio se establece el gravamen haya de pagarse a costa de la finca una determinada suma de dinero, para la satisfacción a causa de un crédito que le corresponde (hipoteca)".

BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN

En Roma la hipoteca tuvo notable importancia. Prueba de ello es la minuciosidad con que está legislada y la perduración a través del tiempo de los lineamientos generales de la institución en todas las legislaciones.

Veamos el desarrollo histórico de la institución en dicho ordenamiento jurídico:

Derecho primitivo: en la mente del legislador de esta época no podían concebirse más que dos derechos reales: la propiedad y las servidumbres. El problema era amoldar a los límites del pensar jurídico de la época alguna garantía para el acreedor. La solución fue la adquisición en propiedad de la cosa gravada por el acreedor y su posterior devolución cuando la deuda fuese totalmente pagada; de esta manera la propiedad de la cosa era suficiente garantía.

Periodo intermedio: el deudor en lugar de transmitir la propiedad de la cosa sólo transmite la posesión, quedando amparado entonces contra posibles transmisiones fraudulentas de la cosa. Pero tanto en este sistema como en el anterior el deudor tiene la desventaja de que la cosa queda inmovilizada desde el punto de vista económico.

Periodo final: en la última parte de esta evolución vemos combinados los dos sistemas que ya hemos estudiado, y nace un tercero que funciona casi en la misma forma que el que conocemos modernamente.

La hipoteca en el derecho romano no fue más que una perfección de la prenda, y se diferencia de ella —en el ordenamiento

jurídico que estudiamos— en que la prenda (*pignus*) implicaba desposesión, cosa que no ocurría con la hipoteca; ambas podían recaer tanto sobre cosas muebles como sobre inmuebles.

En el antiguo derecho español las Siete Partidas establecían que la institución del "peño" involucraba tanto a la garantía sobre valores muebles como sobre inmuebles.

En nuestro país se aplicaron hasta la sanción del C. C. las disposiciones del derecho español, no teniendo el derecho patrio prácticamente ninguna regla sobre el derecho hipotecario, salvo los registros creados por la Real Cédula para América del 25 de setiembre de 1802 (nota a los arts. 3145/6 y 7º C. C. Arg.).

CARACTERES DE LA HIPOTECA

De la definición del art. 3108 del C. C. argentino —que ya vimos anteriormente— y del 2503, inc. 5º, del mismo Código, se pueden extraer los siguientes caracteres:

- 1º) la Hipoteca es un derecho real;
- 2º) la Hipoteca es un derecho accesorio;
- 3º) la Hipoteca recae sobre bienes inmuebles.

De estos tres caracteres sólo el primero será objeto de estudio en este trabajo.

LA IMPORTANCIA DE LA HIPOTECA

La hipoteca se encuentra tan vinculada al crédito que ella forma parte de sus divisiones o categorías: el crédito inmobiliario. Así la importancia de la hipoteca y su influencia económica es evidente: tanto el campo como la ciudad reciben poderoso impulso de esta institución. No olvidemos, y así lo hemos de destacar más adelante, que la propiedad no está subordinada a los vaivenes de las oscilaciones del valor en la medida que lo están otros bienes y derechos, y la garantía de un crédito sobre ella es sólida y segura. Hemos visto, entonces, a grandes rasgos la importancia socio-económica de la hipoteca y las derivaciones que puede tener con respecto al crédito. Para recalcar lo dicho tomemos el ejemplo de nuestro país en este momento; el crédito hipotecario se halla casi paralizado, pues los capitalistas particulares no quieren arriesgarse a que su dinero —colocado en hipotecas a dos o tres años— se desvalorice por el simple transcurso del tiempo. En cambio en épocas económicas normales la hipoteca es una buena y sobre todo segura inversión, tanto para el gran capitalista como para el pequeño ahorrista.

¿Es la hipoteca un derecho real? Siguiendo en este tema al maestro Lafaille¹, podemos decir que si en la prenda corriente y en la anticresis surgen con claridad las desmembraciones experimentadas por el dominio (el propietario no tiene en su poder la cosa, añadiéndose en el segundo caso la facultad de percibir frutos, que la pierde); no ocurre lo propio con la hipoteca, ya que no surge ninguna discusión para los derechos del dueño, por lo menos de un examen inmediato. Consecuencia de ello es que algunos autores hayan sostenido la naturaleza mobiliaria de este derecho, y otros con un análisis más profundo han afirmado su naturaleza inmobiliaria; finalmente otros, a pesar de manifestarse por una u otra teoría, afirman que tal definición no tiene ninguna trascendencia, por lo menos en la práctica.

OPINIONES DOCTRINARIAS

En la parte metodológica de este acápite seguimos el mismo método del Dr. Capón Filas en su obra "Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil Argentino", quien afirma: "Las teorías no deben ser estudiadas de acuerdo al orden de su aparición en el tiempo, sino a través de su desenvolvimiento conceptual lógico". Además adelantamos que las críticas a cada una de las doctrinas las realizaremos en nuestras conclusiones.

La doctrina procesalista en la hipoteca

Redenti la esboza y Carnelutti la concreta en su obra "Sistema de derecho procesal civil". Afirma este autor (op. cit.) que la hipoteca y también la prenda, en punto a titularidad de derechos, sólo dan nacimiento a derechos subjetivos de naturaleza procesal; y que la construcción de la prenda y de la hipoteca como derechos reales "no representa otra cosa que un expediente técnico desgraciado destinado a explicar el privilegio y la persecución que emergen de ellas".

La teoría procesalista plantea el asunto sobre la base de la pregunta: ¿Debe considerarse al tercer poseedor como sujeto pasivo de una obligación debida por él al acreedor? La respuesta es negativa. Por parte del tercer poseedor no existe una obligación, sino una sujeción procesal. Es un responsable procesal sin deuda. "No se yerra —opina Carnelutti— diciendo que la acción pignoraticia o hipotecaria no es más que las ulteriores modalidades o extensiones de la acción ejecutiva". No siendo, en consecuencia, la hipoteca más que una actividad procesal.

¹ *Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo IV, pág. 19. Ed. B. A., 1943.

En su criterio la hipoteca se traduce en un vínculo de indisponibilidad del derecho de propiedad que hace desaparecer de ésta toda posibilidad de disposición futura y, por lo tanto, el propietario no podrá en adelante transferir el derecho mismo de propiedad, sino sólo la posesión de la cosa. A pesar de ello no se crea derecho alguno a favor del acreedor hipotecario; no lo convierte en titular del derecho real por cuanto la indisponibilidad objetiva, como elemento meramente negativo que se propone, no representa una situación jurídica de la cosa, sino una condición del derecho de propiedad. Pero, no siendo real, ¿el derecho del acreedor será por lo menos personal? No —dice Gorla—, ya que siendo una simple condición jurídica negativa de un derecho determinado no puede autorizar la atribución de ningún derecho subjetivo especial en favor del acreedor, que no sería más que un acreedor común. Como resultado de la constitución de la hipoteca, la propiedad de la cosa no puede ya ser transmitida a nadie, pero el único que puede hacer valer esa situación jurídica especial y, por lo tanto, aprovecharse de ella, es el acreedor hipotecario. Pero si la intrasmisibilidad fuese absoluta se crearía un problema económico-social y entonces se autoriza el traspaso de la posesión solamente.

Doctrinas que consideran a la hipoteca como derecho personal

Marcadé² trata el tema desde dos puntos de vista: desde el de los derechos que engendra y en sí misma. Para el objeto de nuestro trabajo sólo nos va interesar el segundo problema. Dice que la hipoteca no es una obligación principal, sino accesorio o subsidiaria y que asegura la promesa y la obligación de la persona que es deudora. Fijando luego la medida en que lo accesorio sigue a lo principal, se manifiesta partidario del carácter mobiliario de la hipoteca en el caso que garantiza un crédito mobiliario.

Explica Tropolong³ que él no se solidariza con el pensamiento de M. Proudhon, y por ello afirma que la hipoteca no es más que el accesorio del crédito, es decir, de una suma de dinero, es entonces un seguro eventual, una forma de asegurarse forzosamente, si fuera necesario, el pago de la deuda. Para dar más forma a su razonamiento dice que el crédito se vive por la hipoteca; ella tiene una existencia propia y aparte del crédito, tan es así que si la cosa llega a perecer, la deuda subsiste.

Dentro de la teoría de la obligación real existen dos corrientes de ideas: a) corriente germana: según los autores adictos a

² Marcadé & Favre, *Explication du Code Napoléon*, t. X, pág. 336. Ed. Paris, 1868.

³ *Le droit civil expliqué - L'échange et du Louage*, t. I, pág. 99. Ed. Paris, 1840.

ella, el acreedor hipotecario tiene, contra quien en un momento dado sea propietario, una pretensión dirigida hacia la prestación en metálico, con cargo a la finca, y el propietario debe la prestación, pero con cargo sobre la cosa.

b) corriente francesa: Toullier ha dicho que en las obligaciones reales la persona no está obligada sino a causa de los bienes que posee. Tal es lo que sucede en la hipoteca.

La hipoteca considerada como un derecho real desmembrado

Laurent⁴ se manifiesta contrario a las opiniones que hemos traído a este trabajo hasta este momento. Dice que el debate doctrinario que se había desarrollado esa época fue prácticamente cortado por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que transcrito textualmente dice: "Todos los actos traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, tales como los privilegios y las hipotecas, serán transcritos". La ley clasifica entre los derechos reales inmobiliarios a los privilegios y a la hipoteca. ¿Qué duda puede quedar acerca de su naturaleza? A pesar de ello, Laurent afirma que conviene estudiar si esta clasificación legal está de acuerdo con la verdad.

Considerado bajo el adagio "Jure est immobile quod tendit ad immobile", la hipoteca no sería un derecho inmobiliario, ya que ella tiende a pagar al acreedor hipotecario con preferencia a los demás acreedores; ella tiende a una cosa mobiliaria, como lo es el pago de un crédito.

Pero —siguiendo con el razonamiento de Laurent— no debemos olvidar que existen dos clases de derechos inmobiliarios: aquellos que tienden a colocar un inmueble en la mano de quien pertenece y otros que son los que se ejercen sobre el inmueble. Dice el C. C. en el art. 526: "Son inmuebles por su objeto aquellos que se aplican al usufructo de cosas inmuebles y las servidumbres o servicios territoriales". Observemos que la ley no menciona a las hipotecas. Algunos autores, basándose en ello, han sostenido que la hipoteca no es un derecho inmobiliario, pero han olvidado que no deben ajustar tanto a la ley, que él no tiene por objeto dar clasificaciones científicas, no es un manual ni un texto, es un código.

Evidentemente a nadie se le podría ocurrir discutir la naturaleza inmobiliaria del derecho de propiedad; y es así porque el propietario ejerce sus derechos sobre un inmueble, él lo dispone de una manera absoluta. Por idéntica razón, todos los derechos desmembrados de la propiedad son derechos inmobiliarios, y por aplicación de estos principios la hipoteca debe ser colocada entre los derechos inmobiliarios. Veamos por qué:

⁴ *Principes de droit Civil Français*, t. XXX, págs. 173 y 174. Ed. Paris, 1863.

Que la hipoteca desmembra la propiedad no puede ser discutido por nadie; observemos que el deudor que ha dado un inmueble en hipoteca no tiene sobre él ese poder absoluto que lo caracterizaba, no puede disponer su destrucción, su derecho de propiedad no es completo, él está desmembrado; y si la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, ella es inmobiliaria.

Se dice también que el acreedor hipotecario no ejerce sobre el inmueble ningún derecho; también este razonamiento lo destruye Laurent. Para ello nos trae estos ejemplos: las servidumbres son siempre un derecho inmobiliario; a pesar de ello el propietario del fundo dominante no ejerce ningún derecho efectivo sobre el fundo sirviente, en el sentido de que no realiza ningún acto material, por ejemplo, las servidumbres de no edificar a más altura de la prevista; a pesar de ello a ningún autor se le ha ocurrido negar la naturaleza inmobiliaria de las servidumbres. ¿Por qué? Porque la propiedad del fundo sirviente no está completa; ella está desmembrada a favor del fundo dominante. Exactamente lo mismo ocurre en la hipoteca: el propietario de un inmueble hipotecado, como hablamos dicho antes, no puede disponer más como señor absoluto, no puede realizar ciertos actos que perjudican al acreedor, pues su derecho de propiedad desmembrado está, en provecho de aquél; esto ya es más que suficiente para afirmar que la hipoteca es un derecho inmobiliario.

Laurent critica también, y creemos que con éxito, la teoría que a pesar de reconocer que la hipoteca desmembra la propiedad la considera como un derecho mobiliario; dicen que la hipoteca garante un crédito, ella es accesoria de un derecho mobiliario, y por lo tanto ella toma ese carácter. Pero ello no es cierto, ya que el accesorio toma la naturaleza del principal cuando se confunde con el principal y forma un todo con él. En ese sentido la hipoteca no es un accesorio, en cambio sí lo es cuando está afectada al pago de la obligación; pero la garantía no toma la naturaleza que ella garante. Para recalcar más lo afirmado por Laurent tomemos su ejemplo: "una prenda constituida por la garantía de un derecho inmobiliario, sería inmobiliaria? Afirmar semejante cosa sería un absurdo jurídico", sin embargo a ese tipo de tesis nos llevarían los razonamientos que estamos criticando. También sera pueril sostener que la hipoteca por ella misma es inmobiliaria, pero que se vuelve derecho mobiliario porque la obligación principal es mobiliaria.

Dice L. Guillouard ² que la cuestión de determinar si la hipoteca constituye o no un derecho mobiliario o inmobiliario es muy debatida en doctrina "pero que la jurisprudencia siempre se ha pronunciado por el carácter inmobiliario de este derecho". El problema que según él aún no estaba resuelto era el de deter-

² *Traité des Privilèges & Hypothèques*, t. II, n° 632 y ss. Ed. Paris, 1898.

minar si la hipoteca es o no un desmembramiento de la propiedad; pero afirma que esto sí que no tiene ningún interés práctico. A pesar de ello dice que la hipoteca desmembra el derecho de propiedad, pues ella mutila uno de sus atributos esenciales: el "abuso", el derecho de disponer libremente del inmueble hipotecado y de su precio. No hay para este autor, más que un derecho de propiedad disminuido, mutilado, y en consecuencia, desmembrado.

Théophile Hue⁶ afirma que en la hipoteca hay un "desmembramiento del jus abutendi", y por lo tanto, la hipoteca, encarada en sí misma, presenta siempre un carácter inmobiliario, aún cuando el crédito garantizado fuese mobiliario.

Opinan Baudry-Lacantinerie y P. de Loynes⁷ que la hipoteca es una seguridad real y que es un derecho accesorio; al mismo tiempo dicen que la jurisprudencia —en las pocas oportunidades que ha tenido— se ha pronunciado por ambos caracteres. Además como derecho accesorio sobre un inmueble es inmobiliaria por excelencia, es un desmembramiento del derecho de propiedad.

Loynes (op. y loc. cit.) dice que la opinión de que la naturaleza de un derecho se determina por la naturaleza de las ventajas que él procura, y que en el caso de la hipoteca sería un crédito, y por lo tanto su naturaleza sería mobiliaria; podría funcionar si la hipoteca no fuese nada más que una acción, pues entonces si la naturaleza estaría determinada por las condiciones de su ejercicio, y sería mobiliaria.

Pero no debemos olvidar que es la naturaleza de la cosa sobre la cual el derecho se ejerce la que determina el carácter, en una palabra, no se tiene en cuenta la naturaleza de las ventajas que procura.

El punto de vista de la ley francesa es el sustentado por el autor que estamos viendo: la naturaleza del crédito garantido no tiene influencia sobre la hipoteca. Tan es así que ella decide, en el art. 1108, que para obligarse es suficiente con tener capacidad para contratar, pero que para hipotecar es necesario ser capaz de enagenar los inmuebles gravados (art. 2124). Esto no prueba más que los derechos tienen naturaleza propia y son, en consecuencia, sometidos a reglas diferentes; demostración palpable de su distinta naturaleza y de que la hipoteca es inmobiliaria.

La opinión de Jossierand⁸ es de que siendo la hipoteca un derecho real, no establece sin embargo una relación directa entre su titular y la cosa sobre la cual recae. Crítica la tesis que sostiene

⁶ *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, t. XIII, págs. 168 y 169. Ed. Paris.

⁷ *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. II, págs. 892 y ss. y 904. Ed. Paris, 1859.

⁸ *Traité de Derecho Civil*, t. V, págs. 324 y ss. Ed. La Habana, 1931.

el carácter mobiliario de la hipoteca partiendo de la regla "*accessorium sequitur principale*", ya que a pesar de que la hipoteca es un accesorio no es posible quitarle cierta individualidad, prueba de ello es que es un derecho real aunque el derecho a que va unida sea un simple derecho de crédito. Lo decisivo para la clasificación de los derechos mobiliarios e inmobiliarios es la naturaleza de su objeto, recayendo la hipoteca sobre inmuebles, no se puede dudar acerca de su naturaleza: es inmobiliaria.

Siguiendo con los autores que critican la naturaleza mobiliaria de la hipoteca, tomemos a Aubry et Rau, quienes en su obra⁹ critican la teoría que afirma que la hipoteca es un derecho accesorio sobre un crédito y que por lo tanto sigue la naturaleza de éste. Dicen los autores que no debemos olvidar que la hipoteca es un desmembramiento del derecho de propiedad, pero como no invade al acreedor hipotecario de ninguno de los derechos del propietario, ella constituye un "derecho real sui generis".

Cuando se dice que en último análisis la hipoteca no tiende más que a la obtención de una suma de dinero, se confunde el derecho mismo con el objeto, con el resultado de su ejercicio. Si trabajamos con aquél razonamiento podemos decir que el usufructo sobre un inmueble es un derecho mobiliario, porque él se resuelve, en último análisis en una percepción de frutos, que en definitiva son cosas muebles. Todo ello ocurre por una aplicación exagerada de la máxima "*accessorium sequitur principale suum*". Finalmente enseñan que todas estas discusiones dogmáticas tienen un interés práctico muy importante: determinar la capacidad personal necesaria para renunciar a la hipoteca, y que debe ser la necesaria para la venta de inmuebles y no la necesaria para la de muebles.

El profesor Lafaille¹⁰ se manifiesta partidario del carácter real e inmobiliario del derecho hipotecario y lo critica a Marcadé por la distinción que hace entre "*ius ad rem*" y "*ius in re*", que ya vimos anteriormente.

Cammarotta¹¹ dice que la calificación de los derechos reales es siempre legal, no hay otros que los enumerados por la ley. El art. 2503, inc. 5° de nuestro C. C. establece expresamente el carácter de derecho real de la hipoteca, a mayor abundamiento la definición del art. 2108 consagra este carácter de la hipoteca.

Debemos decir que la hipoteca genera: el "*ius preferendi*" y el "*ius perseguendi*", rasgos esenciales que caracterizan todo derecho real.

Hemos dicho que la hipoteca es un derecho real, pero es de observar que como derecho real asume contornos jurídicos especiales, ya que por lo mismo que es accesorio, tiene por finalidad

⁹ *Cours de Droit Civil Français*, t. II, pág. 165, pág. 24. Ed. Paris, 1869.

¹⁰ *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. V. Ed. Bs. As., 1943.

¹¹ *Tratado de Derecho Hipotecario*. Ed. Bs. As., 1944.

afianzar el cumplimiento de una obligación. No ocurre aquí como en la propiedad en que la relación entre el titular y la cosa es directa e inmediata; en el derecho hipotecario entre el acreedor y la cosa se interpone el propietario. En definitiva, ¿qué es lo que confiere la hipoteca al acreedor? "Un derecho sobre el precio de la cosa mediante la subasta judicial".

El "jus perseguendi" concilia la faz económica-jurídica de la hipoteca ya que teniendo el acreedor hipotecario un derecho real sobre la cosa hipotecada tiene absoluta seguridad del pago de su crédito, y el deudor propietario sigue gozando de todas las facultades inherentes a su condición, con la explicable limitación de no disminuir la garantía acordada y cuya violación podrá determinar la inmediata protección de los derechos del acreedor.

El "jus preferendi" contempla y soluciona la necesidad de proporcionar al acreedor la cosa, aunque haya salido del patrimonio del deudor por cualquier título y sea quien sea el poseedor. El "jus preferendi" hace valer el privilegio sobre el valor logrado en la subasta.

Para finalizar con este autor digamos que opina que la hipoteca implica el desmembramiento de la propiedad y su carácter inmobiliario.

Windscheid ha criticado estas opiniones, y podemos sintetizar sus ideas con este concepto: "La propiedad no es la suma de facultades imaginables que puedan tenerse sobre una cosa, sino una unidad y como tal tiene frente a sus partes constitutivas una existencia propia; así la propiedad es un derecho diferente a esas singulares facultades".

Bibiloni en su Anteproyecto ¹² dice que la base fundamental del sistema hipotecario de nuestro código, que él conserva en su trabajo, es la de una constitución *in rem* de un derecho accesorio a un crédito... de un crédito...". Por lo tanto para él la obligación es siempre antecedente necesario de la constitución hipotecaria.

Juliot de la Morandiere ¹³ opina que la hipoteca consiste en la afectación de un inmueble a la garantía de una deuda, sin que el deudor, por ello, sea despojado del inmueble; constituiría, para este autor, un derecho real accesorio, referido a un crédito, que da al acreedor no pagado al vencimiento de la obligación, el derecho de seguir al inmueble en manos de quien se halle, y de hacerse pagar con preferencia su crédito.

Clovio Bevilacqua ¹⁴ define la hipoteca como "un derecho real que recae sobre inmuebles, navios o aeronaves, ajenos, para garantizar cualquier obligación de orden económico, sin transferencia de la propiedad del bien gravado por el acreedor". Es, según el

¹² Anteproyecto, t. III, págs. 510 y ss. Ed. B. A., 1938.

¹³ *Droit Civil*, t. II, págs. 382 y ss. Ed. Paris, 1950.

¹⁴ *Direito das coisas*, t. II, págs. 129 y ss. Ed. San Paulo, 1946.

gran jurista brasileño, un derecho real de garantía por cuanto recae sobre determinada cosa corpórea, vinculándola para que la pueda ejecutar el acreedor, si no fuese pagada la deuda que ella garante. También dice que es un derecho real accesorio, pues está destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación de orden económico, dependiendo su existencia de la existencia de esa obligación.

Biagio Brugi²² opina que tanto el derecho de prenda como el de hipoteca son accesorios de un derecho de crédito; pero se miran como derechos existentes por sí, por su naturaleza y efectos. Sostiene, y aquí se puede ver alguna vinculación con Hedemann —autor que ya veremos más adelante— que es carácter común de los derechos de garantía el que representen, casi siempre, una venta potencial de la cosa a fin de que el precio se dedique, en caso necesario a satisfacer el crédito garantizado. La coincidencia se nota más aún cuando afirma que "como derecho real" —la hipoteca— "que envuelve la cosa misma en cualquier mano en que se halle, asegura la ejecución especial de una relación de obligación en forma que saca el valor, total o parcial de ésta...". Según él, el carácter pretativo es una consecuencia de la transferencia de un poder sobre la cosa, una suerte de enajenación potencial condicionada "por el valor de la cosa misma".

La hipoteca considerada como una limitación del derecho de propiedad

Demolombe²³ afirma que si bien la hipoteca estrecha o envuelve al derecho de propiedad ella no divide el derecho mismo, el acreedor hipotecario no comparte el derecho de propiedad del dueño. Al mismo tiempo nos enseña el profesor Demolombe que este efecto de la hipoteca de estrechar el derecho de propiedad tiene una vital importancia, tanto la tiene que la ley exige para constituir la misma capacidad que para enajenar el derecho de propiedad del inmueble (art. 2124 - C. C. francés). Si se considera la hipoteca como un desmembramiento de la propiedad del inmueble, habrá que considerar como de naturaleza inmobiliaria a la hipoteca; pero el autor que estamos siguiendo no participa de esa teoría, y afirma que si la naturaleza de un derecho se aprecia por el objeto al que él tiende, y la hipoteca tiende a procurar dinero al deudor, ella es mobiliaria como la deuda principal porque ella forma solamente lo accesorio. De acuerdo con esta tesis, la hipoteca debe seguir la suerte de la deuda, y por lo tanto aquél que está capacitado para recibir el pago del crédito debe estarlo

²² *Instituciones de Derecho Civil*, págs. 257 y ss. Ed. México, 1946.

²³ *Cours de Code Napoléon*, t. IX. *Traité de la distinction des biens*, pág. 325. Ed. Paris, 1876.

también para consentir el desembargo de la inscripción hipotecaria. Demolombe critica luego a Marcadé, pues éste enseña que todo "ius in re" es necesariamente un desmembramiento de la propiedad, y si la hipoteca no es inmobiliaria, es porque no es "ius in re immobile", sino un "ius ad rem" o "in rem immobilis", y que el sólo derecho que da la hipoteca es el que da al acreedor de obrar contra el inmueble, "in rem immobilem", de la misma manera que obra el acreedor personal "in personam", a fin de obtener su pago; pero a pesar de lo afirmado por este autor dice Marcadé que el Código Napoleón no ha empleado ninguno de estos términos que hemos transcrito.

En líneas generales y para resumir lo expuesto el pensamiento de Demolombe es el que sigue: "yendo al fondo de las cosas se encuentra la existencia de dos clases de derechos reales los unos, principales, que constituyen verdaderos desmembramientos del derecho de propiedad, y que tienen las mismas características de estabilidad y de inmutabilidad que éstos; los otros por el contrario, simplemente accesorios, como las hipotecas, los privilegios, la anticresis, son derechos reales "sui generis", que participan de la naturaleza de créditos que tienen solamente por objeto garantizar, y que son como ellos, sujetos de todas las causas especiales de los créditos".

Coviello resume esta doctrina así: "No es necesario que se trate de una facultad concedida a otros y de la que el propietario resulte privado: basta que el propietario resulte limitado en el libre uso y disposición de su cosa, para que surja una carga sobre los bienes y un derecho real a favor de otro".

Marcel Planiol y George Ripert¹⁷ sostienen que un derecho real de garantía no constituye un desmembramiento de la propiedad conferido para el disfrute de la cosa; es lo que ellos llaman "un derecho real de segundo grado", establecido sobre el derecho de propiedad más bien que sobre la cosa. Así, la hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como podría hacerlo en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, servidumbre o usufructo.

La hipoteca para esta doctrina no constituye un desmembramiento del derecho gravado por ella; es una especie de dación en prenda de este derecho; no hay división de los atributos y ventajas que confiere.

La hipoteca sigue al crédito, que es el derecho principal, pero no por ello deja de conservar su carácter inmobiliario; para renunciar a una hipoteca o para cederla, hay que tener la capacidad necesaria para enagenar un bien inmueble.

¹⁷ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. XIII, págs. 314 y ss. Ed. La Habana, 1942.

La hipoteca considerada como un derecho a vender el bien gravado

Duranton¹⁸ nos enseña que la hipoteca es un derecho que consiste en dar al acreedor la facultad de hacer vender, a falta de pago, el bien afectado, en cualquier mano que él se encuentre, para hacerse pagar sobre el precio, con preferencia a los acreedores quirografarios, y a los mismos acreedores hipotecarios de rango inferior. El autor afirma, que a pesar de que este derecho sólo existe sobre inmuebles, no es por ello de naturaleza inmobiliario, veamos por qué.

Duranton razona de esta manera: si la hipoteca tiene por objeto asegurar el pago de un crédito mobiliario, la hipoteca es un accesorio, y por lo tanto sigue la naturaleza de aquél, de otra manera privaríamos al derecho principal su carácter; por ello afirma que siendo el crédito mobiliario, la hipoteca también lo es.

El Dr. Capón Filas (op. cit.) se propone sentar la tesis (inspirada en Duranton, Wolf y Franceschelli) según la cual la hipoteca es un derecho real que tiene en su faz interna, por contenido un poder jurídico, atribuido al titular de la misma, para vender el inmueble gravado por la garantía real. El objeto de la hipoteca es la cosa misma sometida a la garantía; es un derecho real limitado, en el sentido de que es un derecho real menor. Un derecho real es limitado cuando los poderes atribuidos al titular son menores, cualitativa y cuantitativamente considerados, que los correspondientes al titular del derecho de propiedad que es el derecho real tipo, en cuanto es utilizado como parangón de los demás.

La hipoteca considerada en relación al valor de la cosa

Chironi fue el que dio forma a esta doctrina de origen alemán. El mencionado autor define la obligación como: "el vínculo jurídico constituido por la ley o la voluntad de los particulares que coacciona a una persona a cumplir una determinada prestación". Hay aquí un elemento personal completado por otro patrimonial. El patrimonial funciona como garantía en la obligación y es su contenido el valor; pero no el valor de una cosa individualizable sino el valor de todo el patrimonio.

Para Chironi el derecho real comprende la utilidad total o parcial de la cosa, que a los efectos de aprovechamiento de esas utilidades o funciones por el titular, se encuentra sometida a su poder de una manera directa e inmediata. El propietario tiene derecho a enajenar todo o parte de esas utilidades de la cosa. El valor sólo se presenta "in specie" o actual cuando la cosa se enajena, hasta ese momento la cosa tiene valor "in abstracto".

¹⁸ *Cours de Droit Civil Français suivant le Code Civil*, t. XIX, pág. 336. Ed. Paris, 1837.

En la garantía real el contenido no es la cosa sino el valor de la cosa. El objeto del derecho del acreedor no es la cosa ni parte de ella sino el valor de la misma.

La diferencia entre la garantía real y la garantía que se produce en el negocio obligatorio radica cabalmente en que en esta última el valor aparece designado genéricamente, y se encuentra difundido en todo el patrimonio; en tanto que en la primera la especialización es de rigor, el valor se refiere aquí a una o más cosas determinadas. Sin especialización no hay garantía real.

Define la hipoteca como "la relación jurídica que tiene por objeto la carga sobre la cosa; contiene la enajenación genérica del valor de la misma, en cantidad correspondiente al monto de la obligación, porque la seguridad es el fin económico y jurídico del instituto".

Dentro de la doctrina nacional, Fornieles ha esbozado también esta teoría, y así dice¹⁸: "Mi opinión es, que la relación directa e inmediata de la persona con la cosa, no es necesario que se traduzca en un contacto material bastando con que recaiga sobre el valor económico. Es ese valor económico el que sirve de garantía al acreedor hipotecario, cuyo derecho recae sobre el inmueble mismo, porque el inmueble y su valor económico son consustanciales. Si se quiere hallar un punto de coincidencia que dé la clave para reconocerlos (los derechos reales), hay que ampliar el concepto de relación jurídica de persona a cosa, incluyendo, no sólo el contacto o aprovechamiento material sino también la acción directa sobre el valor económico de la cosa, que en definitiva equivale a una acción directa sobre la cosa misma, representada por su valor".

En la doctrina alemana dice Hedemann²⁰ que también participa del criterio de otorgar el carácter de un derecho al valor de la cosa, a la hipoteca; que él se coloca sobre la corteza terrestre y no ve en el trozo de suelo otra cosa que un capital. Afirma que la hipoteca es la responsabilidad de una finca con su "valor-capital" expresado en dinero por una obligación asimismo representada en dinero.

Sigue enseñando el mismo autor que sólo puede ser objeto de prenda en sentido jurídico lo que tiene un valor en venta, y hace la siguiente clasificación de los derechos reales: en la cúspide hallamos la propiedad. Al lado de ella los derechos reales limitados, divididos a su vez en derechos sobre la sustancia y derechos reales sobre el valor. En los primeros la sustancia se pone de modo inmediato al servicio del titular del derecho. En los derechos sobre el valor por el contrario, no puede el titular tomar la sustancia de la cosa en modo alguno. Pero el valor "dinero" insito en la cosa, le pertenece. Así, por ej.: el acreedor hipotecario.

¹⁸ "Jurisprudencia Argentina", 1945, II, Sect. Doc., pág. 9.

²⁰ *Tratado de Derechos Reales*, págs. 384 y n. Madrid, 1934.

CRITICAS Y CONCLUSIONES

a) *Doctrina procesalista*: no nos parece acertado proponer en materia de derechos reales la solución en favor de la substantividad o adjetividad y balancearla con el peso de la obligación: No debemos olvidar que no hay obligación que responda a derechos reales y todo lo que puede haber es una multitud de obligaciones externas. Es inexacta la respuesta a la pregunta sobre el tercer poseedor sin deuda, y el solo ejemplo del poseedor ilegítimo en el caso de la reivindicación lo hace caer, y que porque el Estado esté allí presente no quiere decir que la naturaleza de este derecho sea de índole exclusivamente procesal. La explicación en ambos casos está dada por el carácter "erga omnes" del derecho de propiedad. Es inexacto que el privilegio se resuelva siempre en derecho subjetivo de naturaleza procesal. La eficacia de la hipoteca antes de la ejecución acredita su substantividad (arts. 3157 y 3158 del C. C.). De la simple lectura de estas normas surge que no habiendo ni asomo de ejecución ya está funcionando en su plenitud la hipoteca.

b) *Doctrina de Gino Gorla*: adolece de la falla de excluir la posesión y la propiedad, además, de acuerdo a la doctrina sentada por nuestro C. C., el tercer poseedor siempre es propietario de la cosa.

c) *Doctrinas que consideran la hipoteca como un derecho personal*: en cuanto a la francesa, representada en este trabajo por Marcadé y Tropolong, es sólo la justificación de algún caso especial y no la conceptualización del derecho hipotecario. En cuanto a la germana diremos que no se puede hablar de obligación real en el momento de la constitución de la hipoteca ni aún en el de ejecución, cuando el propietario sigue siendo el deudor constituyente del gravamen. Además, en el derecho argentino vigente, estas doctrinas deben ser desestimadas por imperio del art. 497 del C. C.: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales".

d) *Crítica de Windscheid a la teoría del desmembramiento de la propiedad*: no es acertada, a nuestro criterio, ya que no puede hablarse en este caso del derecho de propiedad como una "unidad" matemática, ya que, ¿qué otra cosa que divisiones del derecho de propiedad serían el resto de los derechos reales? Lo que ocurre es que Windscheid toma el término "unidad" como la última porción divisible de una cosa; pero es que justamente el derecho de propiedad es una unidad jurídica susceptible de divisiones y no una unidad aritmética indivisible.

e) *Doctrinas que consideran la hipoteca como una limitación al derecho de propiedad*: la limitación no representa otra cosa que

una consecuencia, que un efecto del derecho establecido sobre una cosa cuyo dominio pertenece a otro, no puede por lo tanto, en sí misma, constituir ni la esencia ni el contenido de ningún derecho real.

f) *Doctrinas que consideran la hipoteca como un derecho a vender el bien gravado*: ésta no es una caracterización del derecho hipotecario, sus sostenedores caen en el defecto de determinar la naturaleza jurídica por uno de los efectos, que es justamente, el derecho a vender que tiene el acreedor hipotecario, en el supuesto que el deudor no pague el crédito. Pero, de la misma forma que se afirma que es un derecho a vender, podríamos decir que es una obligación de no destruir la cosa gravada, o un derecho a que se mantenga en forma tal que no disminuya su valor, pero el error estaría clarísimo: no delimitaríamos su naturaleza jurídica sino uno de sus efectos. Además la hipoteca no siempre se resuelve en la venta del bien gravado, más aún, es regla general que la hipoteca se resuelva en el pago del crédito y no en la ejecución hipotecaria.

Sostenemos que la hipoteca es un derecho real accesorio de garantía sobre una finca en su valor capital.

Analicemos este intento de conceptualización de la naturaleza jurídica de la hipoteca:

a) Decimos que la hipoteca es un derecho real porque, como dice Cammarotta (op. y loc. cit.), la calificación de los derechos reales es siempre legal, es decir que no hay otros que los enumerados por la ley, y los arts. 2503 inc. 5º y 3108 de nuestro C. C., acuerdan este carácter a la hipoteca;

b) Sostenemos que es accesorio y de garantía porque aquí el inmueble adquiere un carácter no trascendental, en primer lugar está el crédito, y sólo para proveerle de una garantía se constituye la hipoteca sobre una finca. La hipoteca, en sí, no tiene ningún fin; su única utilidad es para que el acreedor sea satisfecho con un crédito existente a su favor;

c) Afirmamos, con Hedemann (op. cit.) que es sobre el valor del inmueble porque la hipoteca no depara ninguna participación en la "sustancia" del terreno, sino que utiliza el valor-capital insito en la tierra para "finca muy determinados".