

Los presupuestos de la «disminución» de la garantía hipotecaria

SUMARIO: *Introducción.*—1. *Presentación del tema.*—2. *El problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano.*—3. *Perecimiento o deterioro del bien hipotecado:* A) Clase de perecimiento o deterioro. B) Forma de uso de la cosa. C) Disminución de valor del bien. D) Sujetos afectados por el perecimiento o deterioro. E) Responsabilidades extrañas al artículo 1894 del Código civil.—4. *Insuficiencia de la garantía hipotecaria.*

INTRODUCCION

Aunque no sin disenso, se suele aceptar por la civilística contemporánea que la hipoteca es un derecho real de garantía que atribuye a su titular (acreedor hipotecario) el poder de realización del valor en cambio del bien hipotecado, a fin de satisfacer el crédito para cuya seguridad fue constituida. Dada su función, la hipoteca es un derecho real de realización en cuanto se orienta a obtener una determinada suma de dinero mediante la venta forzosa del bien afectado.

Se explica, en consecuencia, que, como advierte HEDEMANN, la hipoteca no desarrolle lo más importante de su naturaleza sino cuando llega a hacerse efectiva en el valor de la finca gravada (1), y que el estudio y consideración de la figura hipotecaria se centren casi en exclusivo en la llamada fase de ejecución, dado que es en ella donde se producen algunos de sus más vigorosos y llamativos efectos.

Sin embargo, tal circunstancia no debe opacar el hecho de que, junto y previa a dicha fase de realización, la hipoteca discurre por otra de seguridad, cautelar o estática, durante la cual también tienen lugar cier-

(1) HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil*, II (*Derechos reales*). Madrid, 1955, pág. 428.

tos y muy importantes efectos, e incluso, en ocasiones, proporciona los elementos que hacen posible la efectiva satisfacción del crédito garantizado llegado el momento de la ejecución hipotecaria. Y es que no puede desconocerse que desde el instante en que la hipoteca queda válidamente constituida nace un verdadero derecho real, un gravamen de la cosa, que genera un señorío jurídico sobre la cosa misma; «durante esta fase o período estático—nos dice ROCA SASTRE—la hipoteca no entraña una mera expectativa, sino un verdadero gravamen o carga real, que provoca un estado de vinculación estatal, con su rango, en la finca o derecho real inmobiliario hipotecados, con plena eficacia *erga omnes*» (2).

Consecuencia directa de su sustancia real y de la vinculación actual del valor en cambio del bien hipotecado es que la hipoteca produzca una serie de pretensiones *erga omnes* en orden a que se evite todo menoscabo de dicho bien que pudiera lesionar el señorío jurídico-real en que consiste (3), o, lo que es lo mismo, durante su fase estática la garantía hipotecaria se halla defendida contra las causas que pueden provocar la extinción o una disminución del valor del bien, incidiendo sobre la cosa en su estado físico o por medio de efectos jurídicos (4).

Y es comprensible que sea así; el acreedor obtiene la garantía mediante la vinculación del valor del bien hipotecado a la satisfacción del crédito. Mas el valor en cambio de un bien no es en sustancia otra cosa sino la representación monetaria correspondiente a una determinada condición material y jurídica del mismo, y, por ende, cualquier deterioro en dicha condición tiene reflejo inmediato en su valoración y, en definitiva, sobre la garantía hipotecaria constituida. Si el acreedor hubiera de permanecer inerte frente a los peligros que pueden amenazar o materializarse en la cosa gravada, a bien poco quedaría reducida (en teoría, se entiende) su garantía hipotecaria, e incluso cabría dudar de la existencia de un verdadero derecho en su favor: un derecho sin tutela, un derecho que no pueda reaccionar frente a lo que atente a su integridad y plenitud no es un genuino poder jurídico.

No es esa, desde luego, la situación. Si el acreedor, en general, goza de medios para conservar y reponer la solvencia patrimonial del deudor, con mayor razón el acreedor contemplado en forma especial a efecto de garantía, cual es el acreedor hipotecario, ha de estar dotado

(2) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, IV, 2.º Barcelona, 1968, páginas 944-945. Cfr. en relación a la autonomía jurídica del derecho de hipoteca el meritorio trabajo de SILLERY: *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*. Caracas, 1968, págs. 93 y sigs.

(3) WOLFF: *Derecho de cosas*, II. Barcelona, 1937, pág. 180.

(4) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», dirigido por Cicu y Messineo. Milán, 1956, página 343.

de recursos que le permitan defender y conservar la garantía a su favor existente, y, en consecuencia, de la misma manera que se habla de que el deudor está en el deber de mantener su propia solvencia, cabrá hablar también de que el titular está en el deber de no atentar contra el valor del bien hipotecado.

Todo lo que cause o sea susceptible de causar, con peligro real y próximo, una disminución en el valor del bien es un golpe frontal contra la hipoteca sobre el mismo asentada, en cuanto reduce la cuantía monetaria que ella sujeta y adscribe a la realización del crédito asegurado; todo lo que económicamente desmejore al bien es un atentado contra la garantía del acreedor, y debe, por tanto, estar éste dotado de los pertinentes poderes que le permitan afrontar y presentar batalla al nuevo estado de cosas surgido, claro está, siempre que el acaecimiento de que se trate no sea algo normal o esté fuera del radio de decisión de las personas en contacto jurídico con el bien.

Ha de corresponder, pues, al acreedor hipotecario el derecho al restablecimiento y defensa de su garantía, y debe, como natural contrapartida, soportar el hipotecante o tercer poseedor la obligación de no disminuir o extinguir la eficacia de dicha garantía, con lo que, en definitiva, el vínculo hipotecario viene a ser, según hace notar PALUMBO, una limitación del derecho de propiedad en todo cuanto pueda lesionar el derecho del acreedor hipotecario, deteriorando el bien o disminuyendo su valor o posibilidad de realizar en la ejecución el valor adecuado (5).

De lo que va dicho se desprende que una adecuada tutela de la posición jurídico-económica del acreedor hipotecario requiere la concesión al mismo de los oportunos poderes tanto cuando la disminución de valor del bien ya se ha producido como cuando tan sólo configura una amenaza o peligro temido; poderes que en el primer caso serán reparatorios o de restablecimiento y en el segundo preventivos o cautelares.

En el Derecho venezolano, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos civiles italiano y alemán, sólo existe expresa protección para el acreedor hipotecario en el caso de que el daño ya se ha ocasionado. En consecuencia, sólo cabe estudiar los recursos reparatorios con que el mismo cuenta para el caso de pérdida o disminución de la garantía hipotecaria; pues bien, dentro del limitado campo que esta característica conforma, el presente trabajo se va a ocupar de los presupuestos que entraña la situación jurídica denominada «disminución» de la garantía hipotecaria.

(5) PALUMBO: *La concessione d'ipoteca da parte del terzo*, Padua, 1937, página 31.

1. *Presentación del tema*

La pérdida y la disminución de la garantía hipotecaria están contempladas en el artículo 1894 del Código civil venezolano, el cual, teniendo como antecedente próximo el artículo 1980 del Código civil italiano de 1865, dispone: «Cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantía del crédito, el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido.» Similar idea tuitiva con una u otra forma de manifestación y oportunidad de actuación se encuentra recogida en la generalidad de los ordenamientos civiles modernos (art. 2131 del C. c. francés, art. 1133 del C. c. alemán, art. 117 de la L. H. española, art. 79 de la L. H. belga, art. 2743 del C. c. italiano, etc.).

La primera consideración que surge de la lectura del precepto transcrito es la relativa a cómo deberá coordinarse el mismo con aquel otro precepto general que impone al deudor la pérdida del beneficio del término acaecidas determinadas circunstancias en orden a su situación patrimonial: «Si el deudor se ha hecho insolvente—preceptúa el art. 1215 del C. c. venezolano—, o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas, no puede reclamar el beneficio del término o plazo» (en forma similar o parecida se expresan los artículos 1186 del C. c. italiano, 1188 del C. c. francés, 1129 del Código civil español, etc.).

Entresacando de los diversos supuestos que contempla la norma el único que guarda relación con el tema en estudio, la disminución (o la pérdida) de la garantía otorgada (en la hipótesis de que ésta sea de naturaleza hipotecaria), se plantea, pues, como punto previo a la entrada en materia el dilucidar y aclarar la relación existente entre ambos preceptos.

2. *El problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano.*

No es problema de fácil solución la interpretación armónica de los artículos 1215 y 1894 del Código civil (o sus equivalentes de los Códigos civiles que recogen esas dos normas).

Tradicionalmente, la doctrina se ha apoyado para distinguirlas y para señalar el caso de actuación de cada una en la circunstancia de que en la norma general relativa a la pérdida del beneficio del término se

exige que la disminución de las garantías haya tenido lugar por hecho o acto propio del deudor, mientras que en la relativa a la hipoteca la aludida disminución debe haber acaecido por caso fortuito. El artículo 1215, según esta interpretación, se referiría al hecho propio con exclusión del fortuito, mientras que el artículo 1894 haría referencia al hecho fortuito con exclusión del propio. En forma masiva la doctrina francesa toma esta dirección:

TROPLONG señalaba que o las seguridades hipotecarias han disminuido por el hecho del deudor, en cuyo caso procede aplicar el artículo 1188 del Código civil francés (equivalente al 1215 del nuestro), o han sido disminuidos por fuerza mayor, supuesto en el que hay que remitirse al artículo 2131 (similar al art. 1894 del C. c. venezolano) (6). Según PONT, la garantía hipotecaria puede perderse o degradarse por el hecho o la falta del deudor, y se aplica el artículo 1188, o sin su hecho ni falta, y actúa el artículo 2131 (7). Para BAUDRY-LACANTINEIRE deben distinguirse dos hipótesis: en la primera, la pérdida o disminución de las garantías es el resultado de un hecho del deudor, aplicándose el artículo 1188, y en la segunda, la pérdida o disminución se ha producido sin el hecho del deudor, por un acontecimiento de fuerza mayor o por el hecho de un tercero detentador, rigiendo entonces el artículo 2131 (8). Más recientemente, PLANIOL y RIPERT sostienen que el artículo 2131 supone que la garantía hipotecaria primitivamente constituida ha perecido o disminuido por caso fortuito, pero que dicho precepto es inaplicable cuando la pérdida o la disminución de las garantías se debe a actos del deudor, pues en este caso se aplica el artículo 1188 (9).

También un buen sector de los autores italianos participaba de esta tesis; tal era el caso de RICCI (10), COVIELLO (11), DI PAGE (12), GORLA (13), etc.

La verdad es que semejante construcción no resiste los embates de una adecuada crítica ni siquiera desde el ángulo de la triple literalidad

(6) TROPLONG: *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. Des privilèges et hypothèques*, II. Bruselas, 1835, pág. 386.

(7) PONT: *Commentaire-Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II. París, 1880, pág. 86.

(8) BAUDRY-LACANTINEIRE y DE LOYNES: *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II. París, 1899, páginas 488-489.

(9) PLANIOL y RIPERT: *Tratado práctico de Derecho civil francés*, XII. La Habana, 1942, pág. 413.

(10) RICCI: *Corso teorico-pratico di diritto civile*, X. Turín, 1886, página 329.

(11) COVIELLO: *Delle ipoteche*. Roma, 1936, pág. 248.

(12) DI PACE: *Il pegno dei crediti*. Padua, 1939, pág. 19.

(13) GORLA: *Le garanzie reali dell'obbligazione*. Milán, 1935, pág. 155.

de los artículos, pues, como ha hecho notar PINO, si el silencio del artículo 1980 del Código civil italiano de 1865 (art. 1894 del C. c. venezolano) permitía incluir justamente el caso fortuito, no autorizaba, sin embargo, al intérprete para excluir el acto propio sólo porque lo había previsto el artículo 1176 (art. 1215 del C. c. venezolano) (14).

Según otra orientación, fundamentalmente italiana, la posibilidad de restablecer el término con la oferta de un suplemento debía llevar a la conclusión de que el artículo 1980 se inspiraba en el *favor debitoris*, y que este *favor* sólo podía explicarse limitando la eficacia de la disposición a la disminución sobrevenida por caso fortuito (15). A lo que replica PINO que la norma no puede estar inspirada en el *favor debitoris* porque la misma es eficaz y se aplica cuando el término se establece a favor del acreedor.

En fin, según este último autor no es posible hallar contraste alguno entre las dos normas en estudio. El artículo 1176 formulaba un principio general válido para todas las garantías, y junto a él estaba el artículo 1980, que constituía una norma especial; mas como la norma especial prevalece sobre la general, era obvio que limitadamente a las garantías reales encontrase aplicación el artículo 1980 y no el artículo 1176 (16).

Y por este camino es por donde creemos debe discurrir la indagación sobre la delimitación del campo de actuación de los artículos 1215 y 1894.

El artículo 1215, en forma general e indiscriminada, impone la decadencia del término cuando las garantías dadas para asegurar el cumplimiento de la obligación han disminuido por acto propio del deudor. La ley sólo toma en cuenta en esta hipótesis el hecho de que la seguridad del crédito se ha deteriorado en virtud de una actuación del deudor que, preordenada o no a tal fin, ha producido el debilitamiento. En qué consiste en concreto dicha actuación y cómo se materialice o manifieste carece de trascendencia, siempre y cuando el daño sufrido por el acreedor en orden a la firmeza y realizabilidad de su crédito tenga por causa remota la conducta del deudor.

Que sea justificada o no una disposición de tal signo es algo que cae fuera del objeto de nuestro estudio y entra en el ámbito de la racionalidad y oportunidad de las normas. Porque, efectivamente, puede pa-

(14) PINO: *La diminuzione della garanzia ipotecaria*, en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civili», 1947, págs. 88-89.

(15) CHIRONI: *Trattato dei privilegi, del pegno e delle ipoteche*, II. Turín, 1918, pág. 363; ANDRIOLI: *Tutela dei diritto*, en «Commentario del Codice civile», dirigido por Scialoja y Branca. Bolonia-Roma, 1945, página 47, etc.

(16) PINO, loc. cit., pág. 89.

recer un tanto insólito que la desaparición del beneficio del término se haga depender de la existencia o no de un hecho del deudor y no, como parece más adecuado y justo, de la circunstancia objetiva de que el acreedor ha experimentado una efectiva merma en las garantías que ostentaba. Porque, ¿qué es, en definitiva, lo que persigue la norma al sancionar la decadencia del término ante la disminución de las seguridades? Sencillamente conjurar un eventual daño o tratar de fijar sobre el terreno uno ya producido mediante la eliminación del lapso de vencimiento del crédito. Que el acreedor pueda exigir de inmediato lo que se le debe porque, ante los acontecimientos producidos, el tiempo trabaja contra él; la demora, previsiblemente, ha de cooperar al debilitamiento de su posición jurídica.

Pues bien: si esto es así, según creemos, si la pérdida del beneficio del término se orienta a proteger los intereses del acreedor, a reforzar la efectividad del crédito, ¿tiene sentido negar tal consecuencia cuando la disminución de las garantías es resultado de un hecho natural o de un tercero extraño? No parece muy razonable.

Por otra parte, se observará que el vincular la decadencia del término al hecho de que la garantía se haya disminuido por acto del deudor conduce a las siguientes inconsecuencias: en primer lugar, el beneficio que obtiene el acreedor es meramente el reflejo del perjuicio que se le irroga al deudor al prescribir la pérdida del plazo, y esto no es, ciertamente, conveniente si, como hace un momento se apuntó, la *ratio* de la norma no es ésa, sino la de atender al sobrevenido debilitamiento de la posición crediticia mediante la eliminación del obstáculo que retrasa su realización o ejercicio (no es, pues, que a consecuencia de la desaparición del término se beneficie al acreedor, sino que como hay necesidad de favorecer al acreedor se impone dar por vencido el término pendiente), y en segundo lugar, a tener que entender la expresión acto propio como acto imputable o culposo, pues es lógico que, contemplada la pérdida del término como sanción a la conducta del deudor, ésta ha de presentarse, según las reglas ordinarias en materia de responsabilidad, como merecedora de castigo, y, desde luego, no es eso lo que dice la Ley (cuando siendo tal la intención hubiera sido mucho más simple y usual, como resalta RUBINO, hablar de disminución culposa...), ni la expresión acto propio cabe reconducirla e identificarla con la de acto imputable, pues la primera es, sin duda, mucho más extensa que la segunda en cuanto cabe que el acto de una persona no sea ni doloso ni culposo y, sin embargo, siempre será propio de la misma en razón de ser su autor.

Además, el artículo 1215 contempla tres hipótesis de decadencia del término: la insolvencia del deudor, la no constitución de las garantías prometidas y la aquí sometida a estudio; pues bien, respecto a las dos primeras la decadencia del término se produce con prescindencia de que las mismas hayan acaecido o no por el hecho del deudor (basta la simple realidad objetiva de su acaecimiento), mientras que la tercera, según la letra de la Ley, precisará para integrarse del acto propio del mismo. ¿Es esto razonable? Se argüirá que en aquéllas la situación es mucho más grave (ausencia total de garantías) que en ésta (simple disminución de la garantía), pero es obvio que una apreciación cuantitativa del peligro que corra el acreedor no puede provocar el cambio cualitativo de la figura en el sentido de que en unos supuestos precise del acto del deudor y en otros prescindir de él. Una recta conformación de la figura, y no hay duda de que el artículo 1215 contempla una única y sola figura jurídica (la decadencia del término sobrevenidas ciertas situaciones), debe apoyarse en unos presupuestos de hecho homogéneos y sin contrastes sustanciales. Por otro lado, entre la hipótesis de la disminución de las garantías y el no otorgamiento de las prometidas no sólo no hay diferencia cualitativa alguna, sino que también puede llegar a faltar toda diferencia cuantitativa apreciable cuando la disminución sea de tal entidad que prácticamente equivalga a la no existencia de garantías, e incluso se puede producir la plena identificación, a los efectos prácticos, de una y otra cuando la disminución sea total y plena. ¿Por qué, entonces, si la situación de peligro de los intereses del acreedor puede ser la misma, la desaparición de las garantías concedidas sólo provocará la pérdida del término cuando provenga de actos del deudor, mientras que la no concesión de las seguridades convenidas ocasionará tal efecto aunque se deba a circunstancias ajenas a la actuación del deudor?

De lo que hasta aquí va dicho parece puede concluirse que no es justo, lógico ni armónico exigir que para que tenga lugar la pérdida del beneficio del término hace falta que la disminución de las garantías existentes a favor del acreedor se deba a hecho propio del deudor. Tal consecuencia debería producirse también aunque la disminución en cuestión haya tenido lugar por un hecho extraño al deudor. Pero dejemos en este estado la cuestión sin perjuicio de reincidir en ella más adelante.

Pues bien: junto a la norma sancionada por el artículo 1215 del Código civil venezolano en los términos recién expuestos, los Códigos traen otra norma que contempla también la hipótesis de la disminución de las garantías otorgadas al acreedor: es el artículo 1894 de nuestro

Código o el equivalente de los Códigos civiles o Leyes hipotecarias de otros países. Sin embargo, mientras la primera de esas normas, junto a otras situaciones, contempla en forma genérica el debilitamiento de las seguridades existentes a favor del acreedor, cualquiera que sea la clase de las mismas, la segunda se circunscribe al simple y escueto campo de las garantías hipotecarias, al menos de acuerdo a la letra de la Ley, pues, dada la igualdad jurídica esencial, su aplicación debe extenderse también al campo de la prenda. GORLA, comentando el artículo 1980 del Código civil italiano de 1865 (similar a nuestro art. 1894), decía que aunque el mismo habla sólo de hipoteca, no debe haber ningún obstáculo para la extensión de la norma a la prenda, sobre la base de la unidad del instituto de la garantía real (17), y tal es lo que ha hecho el Código italiano de 1942, que en su artículo 2743 habla de cosa «dada en prenda» o «sometida a hipoteca».

Tendremos, pues, en definitiva, que frente al artículo 1215, comprensivo de cualquier especie de garantía, el artículo 1894 no puede llegar más allá de las garantías reales, y aun esto último, por lo que respecta a la prenda, mediante la utilización del instrumento analógico en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en que la Ley sólo menciona expresamente la garantía hipotecaria. Ya por este lado encontramos una primera delimitación entre una y otra norma.

Por otra parte, mientras el artículo 1215 contempla tan sólo el efecto o situación ya producido de disminución de las garantías, el artículo 1894 hace referencia también a tal acontecimiento sobrevenido, pero no con indiferencia de cuál sea la materialización del suceso que determina aquella consecuencia, sino circunscribiendo su esfera de actuación a los casos en que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido precisamente por perecimiento o deterioro de la cosa hipotecada. Diferencia esta del todo natural, ya que sería imposible hacer semejante precisión en orden a las garantías en general, que nos proporciona un nuevo elemento para la acotación de las normas en tratamiento: el artículo 1894, aun dentro del restringido campo de las garantías reales, sólo se aplica en los casos de pérdida o disminución de las mismas por destrucción o deterioro de las cosas objeto de gravamen. Por tanto, según destaca RUBINO, en la hipótesis de disminución de la garantía ya dada, el artículo 1215 (art. 1186 del C. c. italiano vigente) tiene todavía una autonomía propia circunscrita a los casos en que la disminución consiste en hechos distintos del perecimiento o deterioro material de la cosa y a los cuales no puede extenderse el artículo 1894

(17) GORLA, ob. cit., pág. 155.

(artículo 2743 del Código italiano), por ejemplo, en el caso de hechos que reduzcan el valor de la cosa dejando intacta su integridad material (18).

Respecto a este punto, PINO pretende hallar una diferencia adicional consistente en que la aplicabilidad del artículo 1894 depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino, además, del criterio relativo de la insuficiencia, cosa que no sucede con el artículo 1215, para cuya aplicación basta la mera disminución objetiva de la garantía. Según dicho autor, resulta así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación, y, por otra parte, que si bien el silencio que a este respecto guarda el artículo 1215 no debe interpretarse en el sentido de que dicha relación no haya de tomarse absolutamente en cuenta en la hipótesis que el mismo contempla, sus precedentes históricos, su fundamento y la misma formulación legislativa confirman que se ha de tomar en consideración el hecho objetivo de la disminución sobrevenida y no la entidad de la misma (19).

Nos parece que en tales apreciaciones hay exceso y que el autor citado trata de establecer una diferencia donde no hay otra cosa sino la simple adaptación de un dispositivo jurídico único a las peculiaridades del caso por el mismo normado. Efectivamente, el artículo 1215 no habla para nada de insuficiencia de la garantía, sino tan sólo de disminución, mientras que el 1894 nos dice que el deterioro de la cosa hipotecada ha de ser tal que la haga insuficiente para garantizar el crédito, pero de ahí no cabe derivar que en la primera hipótesis baste la simple circunstancia de la disminución objetiva de las garantías otorgadas, cosa que no sucedería en la segunda. En realidad, no obstante la letra de la Ley, cuando el artículo 1215 habla de disminución de las seguridades está contemplando una situación en la que necesariamente ha de tomarse en consideración, en primer término, los intereses del acreedor; es más, nos atreveríamos a sostener que la idea lógica que informa dicho artículo no es la de la simple disminución objetiva, sino la de que el acreedor ha visto comprometida la realización de su crédito, cosa que sólo puede tener lugar cuando la disminución sea de tal entidad que torne insuficientes las garantías, con lo que también en la norma en consideración entraría a jugar el criterio o pauta de la importancia de la rebaja sobrevenida y, en consecuencia, no habría forma de distinguir la misma, en base a tal criterio, de la otra norma con que se pretende contrarrestarla.

(18) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, en «Trattato di diritto civile italiano», dirigido por Vassalli. Turín, 1956, pág. 20.

(19) PINO, loc. cit., pág. 90.

La escueta circunstancia de que desde el punto de vista de los hechos haya experimentado disminución o desmedro una garantía no creemos sea suficiente para que entre a operar el mecanismo previsto en el artículo 1215, porque en el mismo la garantía se contempla, como es natural, no en sí, sino en cuanto seguridad del derecho del acreedor, y éste sólo sufre quebranto en dicha seguridad cuando la misma no alcanza a cubrir la íntegra (o la establecida) realización del crédito, esto es, cuando se ha tornado insuficiente, para determinar lo cual, de manera necesaria, habrá de tomarse en cuenta la entidad de la disminución acaecida o la relación entre el valor o cuantía de la garantía concedida y el valor o monto de la obligación garantizada. Lo que sucede es que el artículo 1215, al contemplar en forma general la situación de debilitamiento de las seguridades, no utiliza el término «insuficiente» que sí emplea el posterior artículo 1894 a propósito de la disminución de las garantías reales; pero se sirva o no el legislador de tal expresión, creemos que la noción de disminución de garantía sólo cabe entenderla institucional y teleológicamente como insuficiencia de lo que antes era suficiente. Con indiferencia de los medios jurídicos que le sirvan de instrumento, el concepto de garantía viene formulado siempre en atención al interés del acreedor y, por tanto, el estimar cuándo ha habido o no quebranto de la misma nunca podrá depender sólo del mero hecho objetivo de su disminución, sino de la necesaria relación entre ésta y la insuficiencia que ha provocado, para lo cual será imprescindible en toda hipótesis o situación valorar la entidad o cuantía de la disminución sobrevenida, único medio de poder concluir acerca de si la «garantía» del acreedor se ha afectado o no y, en consecuencia, de si deben entrar o no a operar los correctivos legalmente previstos.

Obsérvese, además, que de no aceptarse esta interpretación tropezaríamos con el siguiente obstáculo: Ya se ha dicho que el dispositivo establecido por el artículo 1894 sólo procede cuando la pérdida o disminución de la garantía real concedida provenga de destrucción o menoscabo de la cosa hipotecada, y que en cualquier otro caso en que, sin haberse producido estos eventos materiales, se generen aquéllas, es procedente la utilización del artículo 1215; ahora bien, si se sostiene, tal como hace PINO, que en la aplicación de la primera norma se precisa no sólo de la disminución, sino también de la insuficiencia de la garantía, mientras que para la actuación de la segunda basta el nudo hecho objetivo de la disminución, deberá concluirse que, tratándose de cosa sujeta a hipoteca en unos casos, perecimiento o deterioro, procederá un determinado régimen jurídico (el del art. 1894), mientras que en otros, no afectación material de la cosa, aunque reduzca su valor, operará

otro distinto (el del art. 1215). Y esto no es fácilmente admisible, pues, tratándose de un solo y único tipo de garantía (garantía hipotecaria), su tratamiento jurídico debe ser también unitario, es decir, que haga falta en todo caso el requisito de la insuficiencia o que no lo haga en ninguno; cosa distinta es que, tratándose de diferentes especies de garantías, en unas no se exija más que la disminución objetiva y en otras se requiera, además, el criterio relativo de la insuficiencia; pero lo que no cabe es que, en relación a la concreta variedad de garantía hipotecaria, acaecido el hecho objetivo de su disminución, baste en unas oportunidades esta sola circunstancia y se precise en otras, además, una determinada entidad o gravedad de la misma, según cuál sea su causa productora.

Esta última consideración, que implica una clara *reductio ad absurdum*, constituye un argumento más, que nos lleva a rechazar aquella diferencia adicional que PINO pretende hallar entre el régimen del artículo 1215 y el del artículo 1894.

Ya se ha visto cómo la opinión tradicional, particularmente la francesa, respetuosa en exceso con el hecho de que el artículo 1215 (o sus similares) hable de actos propios del deudor, sostenía que dicho artículo se aplicaba cuando la pérdida o disminución de la garantía se debía a acto del deudor, mientras que si tales acontecimientos se habían ocasionado fortuitamente, procedía, tratándose de garantía hipotecaria, aplicar el artículo 1894.

Aun dejando ahora a un lado toda consideración en orden a lo justificado o no de rechazarse en el régimen pautado por el artículo 1215 la disminución de las garantías debida a hecho extraño al deudor, punto sobre el que anteriormente expresamos grandes dudas dada la *ratio iuris* del precepto, lo cierto es que, al excluirse del supuesto de hecho previsto por el artículo 1894 toda hipótesis en que la disminución de la garantía, no se debiese a caso fortuito si se quería ser lógico, y los autores franceses lo fueron, debía darse a la expresión hecho propio un significado especial que, desde luego, no era el originario y genuino.

En efecto, al hecho propio no se le opone el hecho fortuito, sino el hecho ajeno, mientras que al hecho fortuito se le opone el hecho culposo o voluntario. Si estas nociones se hubiesen aplicado estrictamente, debería haberse concluido que el artículo 1894 también era susceptible de aplicarse cuando la disminución fuese causada por un hecho que, aun proveniente del deudor, no le fuese imputable, que, sin duda, es un hecho propio de él; mas como esto no era posible, dada la posición apriorística de que se partía en el sentido de que existiendo hecho de!

deudor había que remitirse en todo caso al dispositivo del artículo 1215, no quedaba otra salida razonable que no fuese la de identificar hecho propio y hecho inmutable. Así todo resultaba armónico: el artículo 1215 sancionaba la conducta culposa o la falta del deudor; el artículo 1894, inaplicable, como es natural, en caso de falta, pues para eso ya existía el citado dispositivo, quedaba circunscrito a la disminución sobrevenida por caso fortuito. Hecho propio era lo mismo que falta, y, en consecuencia, necesariamente, el artículo 1894 tenía que circunscribirse al caso fortuito, so pena de resultar una norma innecesaria o contradictoria; tan es así, que el legislador belga, al redactar el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1851, se creyó obligado a añadir una precisión que no había incluido el artículo 2131 del Código Napoleón, que le servía de modelo: la de que se admitirá al deudor ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar *sin su falta*.

¿Cuál fue la razón de semejante tergiversación? En primer lugar, según creemos, un encomiable propósito de armonizar los preceptos legales en consideración; si ambos contemplan la figura jurídica de la disminución de las garantías, por más que uno sea en plano general y otro circunscrito a la hipoteca, forzosamente se han de referir a causas distintas generadoras de la misma, pues lo contrario implicaría una redundancia o, lo que es más grave, una contradicción, y a ello ayuda la circunstancia de que, mientras el artículo 1215 habla de hechos del deudor, el 1894 no trae precisión alguna en tal sentido. Por otra parte, como el primero de dichos artículos, sobrevenida la disminución, tan sólo contempla la decadencia del término para el deudor, mientras el segundo aparentemente faculta a éste para detener semejante consecuencia ofreciendo un suplemento de hipoteca, esto cuadraba perfectamente con la discriminación señalada y hasta venía a exigir, a mayor abundamiento, el juego de la misma, pues si en una hipótesis la situación del deudor es más grave en cuanto no cuenta con ninguna posibilidad para detener la caducidad del término, mientras en la otra su posición es más benigna por contar con el recurso de ofrecer una garantía complementaria suficiente, ello constituía la prueba irrefutable de que en un caso la pérdida o disminución se debía a culpa del deudor, mientras que en el otro era fortuita. Como dirían BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, y repetirán después los respetuosos y conservadores civilistas franceses, la pérdida o la disminución de la garantía hipotecaria puede ser el resultado de un hecho del deudor o de un acontecimiento de fuerza mayor, y sería injusto someter dos casos tan disímiles a una

sola y misma regla (20); como en tantas otras ocasiones, el fino sentido práctico de la doctrina gala había resuelto sin mayores esfuerzos un complicado problema, aunque para ello se hiciere preciso trasladar al legislador los deseos propios y manejar con poca precisión y rigor conceptos técnicos.

Con lo cual quedaba cerrado el ciclo y la construcción aparecía ordenada y armónica. Cuando la pérdida o disminución de la garantía acaecía por culpa del deudor, ante la mayor gravedad de la situación planteada correspondía una sanción más dura: la pérdida del beneficio del término sin posibilidad de opción. Cuando tales acontecimientos hubieren sobrevenido por un evento fortuito, en razón de la ausencia de culpa del deudor procedía una reacción más benigna: posibilidad de evitar la caída del término mediante la constitución a favor del acreedor de nuevas garantías que le restituyesen la originaria seguridad de su derecho.

Mas en el mundo jurídico, en aras de una pretendida armonía, no se puede desconocer la realidad de las cosas, y lo cierto es que en la materia en consideración los términos legales y la utilización rigurosa de las categorías técnico-jurídicas no permitían arribar a las conclusiones a que casi unánimemente llegaba la dogmática francesa. Veamos por qué.

Como tantas veces se ha señalado, el artículo 1215 (o sus modelos francés e italiano del 65) contempla el supuesto de disminución de la garantía por hecho o acto propio del deudor (*par son fait*, dice el artículo 1188 del C. c. francés), mientras el artículo 1894 (al igual que sus inspiradores) se contrae al caso de la disminución de la garantía hipotecaria sin precisar nada en orden a su causa productora remota; pues bien, si del silencio de este último precepto cabía derivar, como con acierto aduce PINO, la inclusión del caso fortuito, de ninguna manera era posible concluir que queda excluido el hecho propio tan sólo porque lo hubiese previsto el artículo 1215. Una interpretación racional y lógica de ambos preceptos debía conducir, pues, a que no era posible

(20) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES: Ob. cit., II, pág. 488. Es curioso que un estudioso italiano del Código Napoleón, L. CHIESI, no obstante la uniformidad de los civilistas franceses sobre este punto, se percatase de cuál debía ser el planteamiento adecuado y, en tal sentido, escribiese: «El artículo 2131 (del Código francés) no distingue si los inmuebles hipotecados perecieron o se deterioraron por caso fortuito o por culpa del deudor, y por ello yo creo que tanto en un caso como en otro compete al acreedor el derecho acordado por la disposición del artículo citado» (CHIESI: *Il sistema ipotecario illustrato*, III. Florencia, 1855, página 485).

circunscribir el último de ellos a aquellos casos en que el debilitamiento en la garantía se había producido fortuitamente.

Pero es que, en realidad, ni siquiera hace falta acogerse a esta interpretación comparativa y contrastadora, sino que basta con entender y aceptar los términos legalmente utilizados en su estricta aceptación teórica. En efecto, según antes se apuntaba, la expresión *hecho propio* no es sinónima o equivalente a hecho imputable o culpable, y, por tanto, no cabe contraponerla a hecho fortuito, sino a hecho extraño o ajeno; la noción de hecho propio del deudor, dice RUBINO, no se restringe a una verdadera culpa suya, sino que comprende toda causa que de cualquier modo provenga de éste (aunque sea por vía indirecta, es decir, por la actuación de sus auxiliares), por ejemplo, debido a inercia no imputable (enfermedad, etc.), resultando excluidos tan sólo los hechos naturales o de terceros extraños (21). Esta es la doctrina exacta. En la expresión hecho propio quedará incluida, sin ninguna duda, la falta o culpa del deudor, pero la misma es susceptible de abarcar también toda acción u omisión del obligado que no siéndole imputable (ni como dolosa ni como culposa) tenga que considerarse como propia en cuanto proviene directa o indirectamente de él; o, en otras palabras, que el hecho propio no excluye el caso fortuito.

En definitiva, el artículo 1215 del Código civil se referirá a todo caso de disminución de la garantía por hecho propio del deudor, bien pueda catalogarse el mismo de falta o bien merezca la calificación de acontecer fortuito. Esto por un lado, porque por el otro, como el artículo 1894, en relación a la disminución de la garantía hipotecaria, no

(21) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., págs. 359-360. Uno de los pocos civilistas que se han percatado de que el hecho propio del deudor puede constituir, en determinadas circunstancias, un supuesto de caso fortuito ha sido CASTÁN TOBEÑAS, frente a la corriente tradicional, casi unánime, que estima que el hecho del deudor no puede nunca calificarse de fortuito (cfr. por todos GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, II. Madrid, 1928, págs. 37-38). Para el gran maestro hispano, la existencia del caso fortuito precisa de un hecho o acontecimiento independiente de la voluntad del deudor y, por consiguiente, no imputable a él. Y, con exactitud, agrega: «Mas esto no quiere decir que el hecho constitutivo de caso fortuito haya de ser ajeno en absoluto a la persona y actividad del obligado. Es cierto que los comentaristas del Código francés y del italiano entienden que los hechos constitutivos del caso fortuito han de ser extraños al deudor; pero en el Código civil español no encontramos esa limitación, pues el artículo 1105 sólo exige que se trate de sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. *Doctrinalmente tampoco nos parece admisible dicha restricción*. Lo esencial para constituir el caso fortuito—dice VALVERDE—no es que se trate de actos propios o extraños, sino que no sean imputables al deudor por concurrir dolo, morosidad o contravención del obligado» (CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, III. Madrid, 1958, pág. 163).

contiene señalamiento en orden a la causa productora de la misma, deberán incluirse en el supuesto por él contemplado no sólo los hechos culpables del deudor, sino también los eventos fortuitos; mas ahora, respecto a estos últimos, sin distinguir entre aquellos que puedan considerarse hechos propios del deudor y aquellos que consistan en meros hechos naturales o correspondan a tercero. En consecuencia, la diferencia entre los artículos 1215 y 1894 respecto a los hechos productores de la disminución de la garantía quedaría establecida de la siguiente manera: el primero operaría cuando la aludida circunstancia se haya producido por hecho del deudor, con indiferencia de que el mismo sea voluntario o involuntario, esto es, culpable o fortuito, siempre que el deudor sea su autor; el segundo, por el contrario, prescindiría de esta última consideración y se aplicaría con indiferencia de que el hecho nocivo sea imputable o fortuito y de que sea propio o extraño al deudor. Tal es la forma como, en este punto, deben interpretarse los artículos en consideración de los Códigos civiles venezolano, francés e italiano de 1865, al menos por el momento.

El Código italiano de 1942, en su artículo 2743, ha modificado la redacción que el Código de 1865 había dado a su artículo 1980, al señalar que «cuando la cosa dada en prenda o sometida a hipoteca perezca o se deteriore, aunque sea *por caso fortuito*...». La nueva redacción obliga, claro está, a incluir en la norma que el artículo establece las disminuciones sobrevenidas por caso fortuito, pero en cuanto habla de *aunque* fuerza también a englobar las acaecidas por hecho voluntario o imputable, ya que dicho término implica la necesaria, implícita y sobreentendida contemplación de la categoría de eventos contrapuesta a la que el mismo se refiere: la categoría de los eventos imputables. Mas por la secular costumbre de identificar hecho propio y falta del deudor, PINO, que en algún lugar de su trabajo pone en duda semejante equivalencia, no advierte la aludida circunstancia y erróneamente afirma que hoy la nueva formulación de la norma da la neta sensación que se refiere también a la disminución ocurrida por hecho propio, pues no se ve qué interpretación se puede dar a la palabra *anche* sino la de sobreentender «no sólo por acto propio» (22). La no discriminación entre acto propio y falta del deudor, como género y especie, respectivamente, lleva a PINO, no obstante lo acertado de sus planteamientos, a incurrir en una patente incongruencia, ya que, según su afirmación, cuando el hecho causante de la disminución, pese a ser propio del deudor, no le sea imputable, como bien puede suceder, el artículo en cuestión vendría a decir: si la cosa perezca o se deteriora no sólo por caso fortuito, sino

(22) PINO, loc. cit., pág. 94.

también por caso fortuito (o, si se quiere, en general, para adecuarnos a los términos del artículo 1271 del Código civil venezolano, por causa extraña no imputable al deudor) (23).

Los planteamientos que anteceden, según decíamos, nos parecen de obligada admisión en la interpretación de los correspondientes artículos de los Códigos venezolano, francés e italiano que forman, en líneas generales, un bloque unitario en la regulación de la materia. Otra es la situación, por el contrario, en el Código civil español, cuyo artículo 1129 dispone que el deudor perderá todo derecho a utilizar el plazo: «... 3.º Cuando por actos propios hubiesen disminuido aquellas garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»

En este precepto, aunque también se utiliza la locución «actos propios», no puede darse a la misma el sentido que anteriormente señalábamos, pues aparece empleada en clara contraposición al caso fortuito, y, por tanto, mal podrá incluir en forma alguna este tipo de acontecer. En efecto, si el ordinal 3.º del artículo 1129 dispone que el deudor pierde el plazo cuando por actos propios disminuye las garantías dadas, y a continuación asigna el mismo efecto a la desaparición de las garantías por caso fortuito, salvo reposición, ello significa que cuando, en virtud de un evento fortuito, se haya producido no la pérdida, sino la simple disminución de las seguridades otorgadas, no entrará a jugar la sanción de la caducidad del término, pues este efecto sólo lo impone la Ley en el supuesto más grave de desaparición, y, en consecuencia, la expresión acto propio en ningún caso puede extenderse al caso fortuito so pena de instaurar en el citado ordinal 3.º del artículo 1129 una contradicción insuperable, ya que de no ser así la primera parte del mismo abarcaría la disminución de las garantías acaecida por ciertos hechos fortuitos (en cuanto provenientes del deudor), mientras que tal posibilidad vendría negada por la segunda parte del dispositivo legal al contemplar el caso fortuito en relación exclusivamente a la desaparición o pérdida de las seguridades otorgadas.

En el Código español, pues, los términos «actos propios» han de entenderse por necesidad en el sentido de hecho imputable o voluntario, excluyente, por tanto, de cualquier acontecer fortuito; aquí sí sería plenamente aplicable la construcción francesa de que hecho propio significa y contempla la falta o culpa del deudor. Además, la aludida in-

(23) Hacemos la advertencia de que si en este trabajo, por comodidad, se utiliza la expresión «caso fortuito», la misma debe entenderse en el sentido de causa extraña no imputable, categoría esta que comprende, como una de sus especies, el caso fortuito *stricto sensu*: cfr. al respecto MADURO LUYANDO: *Curso de obligaciones*. Caracas, 1967, págs. 212 y sigs.

interpretación se concilia perfectamente con las normas que el ordenamiento civil español trae en materia de disminución de la específica garantía hipotecaria.

El artículo 117 de la Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1946 establece que «cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo su valor, por *dolo*, *culpa* o *voluntad* del dueño, podrá el acreedor hipotecario...», y obsérvese que esto es perfectamente congruente con lo más arriba señalado, pues habiéndose previsto en forma general la disminución de las garantías por hecho imputable al deudor viene ahora a contemplarse la disminución de una concreta variedad de garantía, la hipotecaria, y en relación a dicho supuesto la norma exige el dolo, culpa o voluntad del dueño, con lo que, aquí todavía menos, no puede haber duda de que queda excluida la causa extraña no imputable. En este sentido, dice MORENO QUESADA que la Ley, al hablar de «dolo, culpa o voluntad», utiliza una expresión de contenido muy amplio en cuanto contempla las distintas posibilidades del acto humano, es decir, del hecho voluntario, en definitiva toda actuación imputable, entendido esto en el sentido de que le resulte atribuible al dueño de la finca; tanto quiere expresar como la locución «actos propios» que emplea el artículo 1129, 3.º del Código civil (24).

En algunos de los Códigos civiles venezolanos anteriores al vigente el artículo relativo a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria traía una distinta redacción que si bien no permitía, a la letra, admitir la interpretación tradicional que rechazamos, sí daba cierta base, empero, para argumentar en su defensa.

El artículo 1823 de los Códigos civiles de 1873 y 1880 disponía que «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, aunque el plazo no esté vendido»; se observará que no menciona la posibilidad de que el acreedor pueda pedir el pago inmediato de su crédito, caso de que no se practique el suplemento de hipoteca (25), y ello permitiría quizá pensar que en cuanto el efecto principal de toda disminución de garantía (la pérdida del beneficio del término) se halla negado, hasta por vía subsidiaria, en el caso especial de que la garantía negativamente afectada sea de índole hipotecaria tal acontecer se debe a que en éste ha de faltar (en la hipótesis contemplada por la Ley) un elemento particular-

(24) MORENO QUESADA: *La acción de devastación*, en «Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobefías», VI. Pamplona, 1969, página 565.

(25) A partir del Código civil de 1896 la redacción del correspondiente artículo es ya la actual.

mente importante y grave: la falta o culpa del deudor. ¿Por qué tratándose de garantías en general su disminución acarrea la caída del plazo, mientras que si la garantía es hipotecaria dicho suceso sólo da lugar al efecto, sin duda menos grave, de que el acreedor tenga derecho a un suplemento de hipoteca? Sencillamente, podría contestarse, porque en el primer supuesto la ley exige la culpa del deudor, mientras que el segundo sólo tiene lugar cuando el hecho que lo provoca es fortuito: la ausencia de voluntariedad determina la menor sanción en este segundo supuesto.

Así, SANOJO, aunque sin argumentar y posiblemente sin percatarse de la diferencia entre el precepto que comenta y el artículo 2131 del Código civil francés, nos dice, trasladando a la letra la tesis de la doctrina francesa, que para la aplicación de la disposición en estudio hace falta, entre otras condiciones, que la hipoteca se haya hecho insuficiente por perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados acaecido por caso fortuito o fuerza mayor y no por culpa o hecho (para él, como para los autores franceses, hecho y culpa o falta es lo mismo) del deudor, porque en este caso el acreedor podrá exigir el inmediato cumplimiento de la obligación sin esperar el vencimiento del plazo (art. 1111) (26).

De todas maneras, según pensamos, la aludida argumentación, aunque intrínsecamente tuviese una fortaleza que en forma evidente no la tiene, debería rechazarse porque la misma tendría su apoyo material en una norma en la que evidentemente se cometió, al menos, un error de transcripción al ser incorporada al Código civil venezolano. En efecto, el artículo 1823 de los Códigos civiles de 1878 y 1880 establece que, producida la insuficiencia hipotecaria, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca, *aunque el plazo no esté vencido*, de lo que, por argumento *a contrario*, parece debería deducirse que estando vencido el plazo de una obligación hipotecariamente garantizada, aunque los bienes afectados no hayan perecido ni sufrido deterioro, el acreedor tiene derecho a una ampliación de su hipoteca, algo que, sin duda, es absolutamente descabellado e inadmisibles. La frase *aunque el plazo no esté vencido* no guarda, ni puede guardar, ninguna relación con el derecho del acreedor al suplemento, sino que sólo tiene sentido cuando se la relaciona con el derecho del mismo a obtener el pago inmediato de su acreencia una vez perdida o disminuida la garantía hipotecaria, lo que nos debe llevar a suponer que cuando se recibió la norma extranjera inintencionalmente se omitió u olvidó la expresión «y, en su defecto,

(26) SANOJO: *Instituciones de Derecho civil venezolano*, IV. Caracas, 1873, pág. 339.

al pago de su acreencia», que, por necesidad, debe preceder a aquella frase, y tal es, desde luego, la interpretación, más benigna y generosa que cabe hacer de la actuación del codificador de 1873 en esta materia.

Tenemos, según creemos, deslindados los campos correspondientes a los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano: disminución de la garantía genérica por hecho propio (*lato sensu*) del deudor, en el primero, y disminución de la específica garantía hipotecaria por cualquier tipo de acontecer, en el segundo. Pues bien: aun entendiendo, según se ha hecho notar, que en la primera hipótesis deben encuadrarse aquellos casos en que la disminución de las garantías haya sobrevenido por hecho fortuito aunque propio del deudor, mientras que en la segunda no hace falta esta última circunstancia, el engarce entre una y otra norma, que evidentemente responden a una misma preocupación y se orientan hacia un mismo objetivo, resulta forzado e inarmónico.

Porque, en efecto, ¿cuál es la *ratio* de ambas normas? Evidentemente la de proteger al acreedor contra la sobrevenida disminución de las garantías que en su día le fueron concedidas, y si esta es la finalidad última y trascendental de los dispositivos jurídicos en estudio, ¿tiene sentido negar *in genere* la protección cuando la disminución se haya producido por hecho extraño al deudor y concederla, en cambio, en esta misma hipótesis caso de que la garantía constituida sea de naturaleza hipotecaria? Nos parece que no.

Si el propósito del legislador es acudir en defensa del acreedor que ve peligrar su derecho por razón del debilitamiento de las garantías que al mismo protegían, y al efecto dispone a su favor la posibilidad de exigir inmediatamente la ejecución de la prestación debida, no se comprende por qué en relación a las garantías en general hace falta que la disminución haya sobrevenido por hecho del que sea autor el deudor, mientras que tratándose de garantía hipotecaria semejante circunstancia no se toma en cuenta para nada. Ni se comprende tampoco el motivo de que tanto en uno como en otro supuesto no sea considerada únicamente la situación objetiva de que la garantía dada ha sobrevenido deficitaria, con prescindencia de la causa que haya originado este acontecer, que es la que de manera lógica armoniza con la *ratio* de las normas.

Tanto el artículo 1215 como el artículo 1894 del Código civil están signados por un claro propósito de *favor creditoris* y, en consecuencia, el mismo no puede ni debe quedar marginado por el hecho de que en el resultado que se contempla haya participado o no la actividad del deudor. Hecho del deudor (voluntario o involuntario) o hecho extraño al mismo es algo que carece por completo de sentido cuando se ha pro-

ducido una disminución de las garantías y en base a ésta se permite al acreedor actuar en un determinado sentido. La autoría del deudor, máxime si, como se vio, la misma no cabe identificarla con la idea de falta o culpa, no tiene incidencia ni repercusión una vez que ha tenido lugar el debilitamiento de la situación del acreedor, circunstancia que conforme al supuesto de hecho de la norma

Sostener lo contrario nos llevaría, por un lado, a tener que identificar la locución acto o hecho propio con hecho imputable y, por el otro, a trasladar, en la hipótesis del artículo 1215, el punto de incidencia de la norma, que de ser la protección del acreedor pasaría a ser la sanción del deudor, conclusiones a todas luces inadmisibles como pormenorizadamente se ha tenido ocasión de exponer en las páginas que anteceden. Aparte de que si la exigencia del actuar del deudor no puede conducir a la caracterización de su hecho como imputable en todo caso, es por entero intrascendente la distinción entre hechos propios y hechos ajenos, pues entre unos y otros no existirá, desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia intrínseca que avale su diferencia y separación.

Se nos dirá que, de ser así las cosas, el artículo 1894 estaría de más, porque, al contemplar unas condiciones de aplicación en todo similares a las del 1215, bastaría con esta última norma general. La objeción se puede contestar con facilidad.

En efecto, una norma se califica de especial respecto a otra cuando aplicada a un supuesto de hecho de idéntica sustancia produce, sin embargo, consecuencias distintas a las normales o generales; pues bien, si, según se pretende, el artículo 1215 sólo operase cuando la disminución es el resultado de un hecho del deudor, mientras que el 1894 tiene aplicación cuando aquélla se produzca por un hecho propio o extraño al deudor, ni siquiera cabría hablar de que el segundo representa una norma especial frente al primero, sino que se trataría de dos disposiciones completamente distintas y autónomas en cuanto contemplan situaciones de hecho diferentes, y esto no se han atrevido a sostenerlo ni los más ortodoxos civilistas franceses, como resulta de la circunstancia de que consideren siempre las mismas una en relación a la otra.

La realidad es de otro signo. El artículo 1894 significa una especialidad frente al 1215 precisamente porque, contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya producido), da lugar a distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca. Aquí es donde reside el carácter especial de la norma, y aquí

es donde se encuentra la justificación de su existencia; de ninguna forma, en la configuración que nosotros le atribuimos, resulta un precepto innecesario o reiterativo: antes bien, con la misma es como cobra su auténtica fisonomía de norma especial (y ello sin ocuparnos en este lugar de que la disminución debe derivar del deterioro de los bienes hipotecados y de la participación que en la misma pueda corresponder al hipotecante no deudor y al tercer poseedor, circunstancias que, sin duda, contribuyen a reforzar la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215).

En suma: en nuestra opinión, al problema de la relación entre los artículos 1215 y 1894 del Código civil venezolano (o sus equivalentes de los Códigos francés, 1188 y 2131; italiano de 1865, 1176 y 1980, e italiano de 1942, 1186 y 2743) debe darse la solución siguiente: el primero constituye una norma general aplicable a la disminución de las garantías con indiferencia de cuál sea su clase; el segundo, por el contrario, sólo se aplica en relación a la garantía hipotecaria (con posibilidad de extenderlo a la prendaria en base al instrumento analógico) dadas determinadas circunstancias por el mismo previstas. La razón de la especialidad respecto a este tipo de garantía se halla en que, teniendo la misma por objeto una cosa, sobrevenida su disminución por deterioro de ésta, el daño puede paliarse y el acreedor repuesto en su originaria situación de seguridad, sin necesidad de acudir *recta via* al cumplimiento inmediato de la obligación, mediante la concesión de una garantía complementaria suficiente. Pero en uno y otro es indiferente, pese a la letra de la Ley, que la disminución se haya producido por hecho imputable o no al deudor, por hecho propio o ajeno a éste; basta y es suficiente con la circunstancia objetiva de la disminución para que los dispositivos legales entren a operar, sin que proceda un previo discernimiento, en la hipótesis del artículo 1215, acerca de si semejante acontecimiento dañino ha sobrevenido por hecho propio del deudor.

La interpretación racional y teleológica de las normas en estudio conduce, pues, a la conclusión apuntada, y como el espíritu debe imponerse, de ser preciso, a la letra de la Ley, y como el sentido y alcance de un precepto, derivados de su estructura y función, no pueden resultar vulnerados ni en ninguna forma afectados por la mera dicción literal del mismo, es necesario estimar que la expresión «por hecho o acto propio» debe considerarse como no puesta, y, en consecuencia, que tanto el artículo 1215 como el 1894 del Código civil, cada uno en su respectiva esfera de actuación, contemplan el hecho objetivo de la disminución de las garantías cualquiera que sea la causa generadora de la misma.

3. *Perecimiento o deterioro del bien hipotecado*

A.—*Clase de perecimiento o deterioro*

Tal como se ha tenido ocasión de señalar, el artículo 1894 contempla la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria debida al perecimiento o deterioro del bien hipotecado («cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que los haga insuficientes...»). Constituye éste, pues, el primero de los presupuestos de la norma a estudiar.

La disminución de la garantía hipotecaria, en consecuencia, sólo se tomará en cuenta, a los efectos del artículo 1894, cuando se haya ocasionado por el menoscabo o degradación del bien objeto de la misma (con indiferencia, eso sí, según nuestra opinión desarrollada detenidamente en el punto anterior, de cuál sea la participación y la culpabilidad del obligado). Ahora bien: si respecto a la fórmula reina general acuerdo, no sucede lo mismo en relación al alcance que debe atribuirse al término deterioro, ¿se restringirá el mismo a lo meramente material, o será susceptible de englobar lo que algunos llaman deterioro jurídico?

La doctrina francesa se muestra unida en torno a la tesis de que la disminución de las garantías constituidas ha de ser consecuencia de una pérdida o deterioro material, que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico (27).

Falta, en cambio, en la doctrina italiana esta uniformidad; los autores se dividen entre los que piensan que el deterioro en cuestión es únicamente el material y los que creen que alcanza también al jurídico. La opinión tradicional solía orientarse en la primera dirección en base a considerar que normalmente las partes toman en cuenta de manera fundamental la integridad de la cosa más que la estabilidad de su valor, siempre sujeto a oscilaciones (28); criterio este que hoy encuentra,

(27) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411; BAUDRY LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, II, págs. 490-491; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, III, París, 1938, págs. 578-580; PONT, ob. cit., II, pág. 88; RIPERT y BOULANGER: *Tratado de Derecho civil según el Tratado de Planiol*, VII. Buenos Aires, 1965, pág. 317, etc. No obstante, aunque ubicado en el sector francés, el belga DE PAGE considera que el artículo 79 de la Ley Hipotecaria de su país se aplica, de la misma manera que en el caso de pérdida, por la falta del deudor, tanto en el supuesto de pérdida material como en el de pérdida jurídica, si bien, erróneamente, estima que el caso más importante, y tal vez el único, de pérdida jurídica es la expropiación (DE PAGE: *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VII, 1.º Bruselas, 1943, pág. 539).

(28) PACIFICI-MAZZONI y VENZI: *Istituzione di diritto civile italiano*, III. Turín, 1927, pág. 553; BIANCHI: *Delle ipoteche*, I. Turín, 1914, pág. 511; COVIELLO, ob. cit., pág. 249.

en opinión de diversos autores italianos, decisivo refuerzo en la nueva regulación dada a la materia por el Código civil de 1942.

En este último sentido, por ejemplo, D'AMELIO estima que el problema podía plantearse respecto al artículo 1980 del Código de 1865, del cual debían excluirse los daños jurídicos a los que se aplicaría el artículo 1176 del mismo, circunstancia que hoy no es posible por estar la materia recogida por el artículo 2812 del Código civil de 1942 (29); al regular este artículo y los siguientes, se dice, múltiples casos en que la disminución se produce por hechos jurídicos, ello debe entenderse en el sentido de que, a los efectos del artículo 2743, no deben considerarse tales actos como idóneos para provocar una disminución de la garantía (30). En opinión de ANDREOLI, la reducción de la garantía reclama la aplicación del artículo 2743 sólo cuando se den dos requisitos: debe tratarse de hechos materiales, los cuales ocasionen el deterioro de la cosa; si no se da el primer requisito y, no obstante, la garantía se reduce por la realización de actos jurídicos de disposición, se aplicarán, según cual sea el caso, los artículos 2812 a 2816; si, por el contrario, no obstante tratarse de actos materiales, se produce reducción de la garantía, no hay remedio, y tal hipótesis se presenta siempre que la reducción incide sobre el valor de la cosa, que, por otra parte, permanece idéntica en su integridad material (31).

Frente a esta corriente mayoritaria se levanta el parecer de RUBINO y PINO. El primero, ante la interrogante de si el artículo 2743 se aplicará también en aquellas hipótesis en que la garantía se pierda sin perecimiento o deterioro de una cosa material, estima que parece preferible la afirmativa, dado que la norma no se puede considerar excepcional, y, por tanto, es susceptible de extensión analógica (32); en una obra posterior ratifica y clarifica este criterio al escribir que no parece estrictamente necesaria una alteración de la consistencia material de la cosa, sino suficiente también la extinción o disminución de la garantía por otra causa, meramente jurídica, siempre que sea específica al bien hipotecado (33). El segundo afirma que la postura tradicional es inexacta porque no se puede negar, por ejemplo, a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico: el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la sepa-

(29) D'AMELIO: *Della responsabilità patrimoniale*, en «Commentario al codice civile», dirigido por D'Amelio, VI. Florencia, 1943, pág. 449.

(30) SANTORO PASSARELLI: *La surrogazione reale*, en «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1926, pág. 454.

(31) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 48.

(32) RUBINO: *La responsabilità...*, ob. cit., pág. 21.

(33) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362.

ración de la cosa accesorio, que puede ser temporal, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria (34).

Entre los autores alemanes, dados los términos en que aparece redactado el parágrafo 1133 del BGB («si a consecuencia de un empeoramiento de la finca corre peligro la seguridad de la hipoteca...»), se suele aceptar que en la protección que corresponde al acreedor hipotecario contra un riesgo ya ocurrido debe tratarse de daño material; así, para WOLFF, el primer requisito de la aludida protección consiste en que haya tenido lugar un menoscabo de la finca en sí o de las pertenencias afectas con ella a la hipoteca, o el hecho de alejar de la finca de una manera anormal las pertenencias; por otra parte, es indiferente el origen del menoscabo: si procede de un acto ejecutado contra derecho por el propietario o por un tercero (incendio intencional), si procede de un acto lícito (transformación de la finca gravada en camino público, elevación del nivel de una calle de suerte que la planta baja de la casa se convierte en sótano) o de un acontecimiento natural (rayo, pedrisco, terremoto) (35); NUSSBAUM habla de que tratándose de quebrantos ya producidos que vayan en menoscabo de la seguridad hipotecaria, el dueño de la finca debe evitar el perjuicio o ponerle remedio arreglando la finca o reponiendo por otros medios la garantía hipotecaria, y, seguidamente, señala que tal situación también se produce en el caso de destrucción de un edificio, cuando el solar no ofrezca la seguridad necesaria, si la demolición tiene por fin edificar uno nuevo, pero, además, tratándose de casas alquiladas, el mero hecho de desocupar las viviendas para prepararse a la demolición supone ya un quebranto para la seguridad del hipotecarista (36), lo que parece rebasar la hipótesis contemplada por el parágrafo 1133 circunscrita a menoscabos o deterioros de la finca en sentido material.

En el Derecho español, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria exige como condición para el ejercicio de la llamada por los autores acción de devastación que «la finca hipotecada se deteriorase»; pues bien, no hay acuerdo entre los autores hispanos acerca de lo que debe entenderse por deterioro y el ámbito que el mismo ha de abarcar.

ROCA SASTRE, frente a su posición anterior de entender que el concepto de deterioro implica que el quebranto sufrido por la cosa hipotecada sea de índole material, física, corpórea o de sustancia, y no de carácter jurídico, considera hoy, quizá influido por la nueva redac-

(34) PÍNO, loc. cit., pág. 95.

(35) WOLFF, ob. cit., II, págs. 241-242.

(36) NUSSBAUM: *Tratado de Derecho hipotecario alemán*. Madrid, 1929, página 199.

ción que al artículo 219 de Reglamento Hipotecario ha dado la reforma de 1959, que entre los actos más destacables que pueden originar la acción de devastación pueden señalarse los siguientes: a) El deterioro querido, total o parcial, del bien hipotecado por efectuar arbitrariamente alteraciones materiales en el mismo que conduzcan a la disminución de su valor en cambio o de realización. b) La explotación antieconómica del bien hipotecado minoradora de su valor en el tráfico jurídico. c) La depauperación material de la finca hipotecada por omisiones de su propietario, que a veces puede ser por actitud pasiva de los suyos, y en cuanto ello redunde en detrimento de su valor; y d) La actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado, que redunde, también, en disminución de su valor (37); lo que, sin duda, supone una cierta forma de admitir el deterioro meramente jurídico.

De manera mucho más amplia y explícita, DORAL considera que en el ámbito del artículo 117 de la Ley Hipotecaria no sólo están comprendidos los deterioros materiales, sino también los jurídicos. Para él, el criterio restrictivo de que el término deterioro ha de entenderse en el sentido de menoscabo sustancial o material de la cosa hipotecada resulta difícil de mantener si se tiene en cuenta que no todas las fincas objeto de hipoteca lo son «en sentido material», donde los deterioros normalmente tendrán este carácter; la noción de finca es más amplia desde el punto de vista registral y pueden ser objeto de hipoteca, además de entidades materiales, cosas incorporales o derechos que también se consideran como fincas desde este punto de vista registral: en estos casos es difícil concebir un deterioro material y, por tanto, siguiendo aquella interpretación, el acreedor carecerá de este medio de defensa (la acción de devastación) cuando se produjera la insuficiencia de la garantía a resultas de un deterioro jurídico. Se explica así que para él, el reciente artículo 219 del Reglamento Hipotecario (arrendamiento intencionalmente gravoso) no ha introducido una acción de nuevo cuño, distinta de la anteriormente existente, ni tampoco una ampliación de su ámbito, sino que se limita a aclarar y perfilar los efectos propios del artículo 117 de la Ley Hipotecaria mediante una interpretación que bien merece la calificación de auténtica; es más, en cuanto aquel precepto remite en forma expresa a este último, viene a confirmar la interpretación amplia del artículo 117 en el sentido de que dentro de los supuestos previstos en el mismo están comprendidos los llamados deterioros jurídicos, entre otras razones porque los reglamentos sub-

(37) ROCA SASTRE, ob. cit., IV-2.º, págs. 949-951.

ordinados a la Ley, para la ejecución de la cual se dicten, no pueden alterar, sino a lo sumo aclarar, para su mejor cumplimiento, lo que la Ley dispone (38).

Distinto es el parecer de MORENO QUESADA; en su opinión, cuando el legislador español redactó el artículo 117 de la Ley Hipotecaria no pensaba sino en la hipoteca sobre finca material, y por ello el mencionado precepto habrá de aplicarse a los inmuebles que constituyan la base física de la hipoteca, bien porque sobre ellos se haya constituido, bien porque sean el soporte de los derechos reales hipotecados; cuando se trate directamente de un deterioro del derecho hipotecado que no tenga carácter material, procede aplicar, a su entender, la misma solución del artículo 117 (*similia, similibus*), lo que no quiere decir que se aplique éste debiendo forzar su sentido. En resumen: considera que el artículo 117 alberga en su supuesto de hecho únicamente deterioros materiales de la finca hipotecada; no obstante, cuando se trate de un derecho hipotecado, y con independencia de la repercusión en el mismo del deterioro de la cosa que es su soporte, cabrá el ejercicio de una acción similar a la de devastación allí regulada, que cubra los daños que puedan ser equivalentes a los de deterioro material de la cosa hipotecada (39).

Entre nosotros, la única referencia al punto de consideración la encontramos en SANOJO, para quien la aplicación de la disposición que se estudia requiere varias condiciones, y una de ellas, precisamente, es la de que la hipoteca se haya hecho insuficiente por perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados y que «uno u otro haya sido material» (40).

¿Cuál es nuestra opinión? Creemos que, no obstante los términos en que está redactado el artículo 1894 del Código civil, no cabe entender el mismo en el sentido exclusivo de que la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria se haya producido tan sólo por el perecimiento o deterioro material de la cosa hipotecada.

En efecto, si se admite que la insuficiencia de la garantía puede tener lugar tanto por deterioros materiales como por deterioros jurídicos del bien gravado, tanto por hechos físicos como por actos jurídicos, tal cual la doctrina parece admitir en general, ¿qué justificación tiene excluir la aplicación del precepto cuando tenga lugar la segunda de dichas hipótesis? Absolutamente ninguna.

(38) DORAL: *La fase de seguridad en la hipoteca*. Pamplona, 1966, páginas 294-304.

(39) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 552-554.

(40) SANOJO, ob. cit., IV, pág. 339.

Algún autor pretende que en el caso de deterioro jurídico el acreedor no queda sin protección, pues siempre le será posible acudir al remedio del artículo 1215 cuando se haya verificado la disminución de las garantías otorgadas. No es esto de lo que se trata, pues ya sabemos el alcance general que tiene este último precepto; el problema no es el de la protección del acreedor garantizado, que siempre se obtiene por una u otra vía, sino el del ámbito de aplicación o alcance del artículo 1894, que es, como con detenimiento se ha expuesto, un precepto especial circunscrito exclusivamente a la pérdida o disminución de la garantía hipotecaria.

Ahora bien: ya hemos señalado que la especialidad del artículo 1894 respecto al 1215 radica en que, contemplando una misma situación objetiva (la disminución de las garantías por cualquier causa que se haya ocasionado), produce distintas consecuencias jurídicas, en cuanto si la garantía es hipotecaria puede el deudor impedir la realización inmediata del crédito mediante la concesión de un suplemento de hipoteca, y, en consecuencia, ¿tendría sentido recurrir al artículo 1215 cuando la insuficiencia de la hipoteca se haya producido por el mero deterioro jurídico del bien hipotecado? Pensamos que no, pues una cosa es sostener que el artículo 1215 debe aplicarse cuando no obstante la naturaleza hipotecaria de la garantía su disminución haya tenido lugar sin deterioro de la cosa (afirmación que es correcta), y otra muy diferente, para lo que no hay apoyo suficiente, defender que el artículo 1894, circunscrito a la disminución de la garantía hipotecaria, está, además, restringido a los simples casos de deterioro material. La inconsistencia de esta última posición se revela, por otra parte, si se considera que ordinariamente un hecho material lesivo suele revestir mayor gravedad y ser de consecuencias más irreversibles que un acto jurídico de la misma índole, y, sin embargo, de acuerdo al criterio que rechazamos, gozaría de un tratamiento más favorable en cuanto su autor podría evitar la realización del crédito mediante la concesión de una nueva garantía, cosa que no sería posible en el caso de deterioro no material.

Ni siquiera hace falta en apoyo de la tesis amplia que sostenemos recurrir a la ayuda de la analogía tal como pretende RUBINO. Semejante ayuda habría sido necesaria si el precepto en cuestión hablase de perecimiento o deterioro material, pero obsérvese que el mismo se limita a señalar la destrucción o el menoscabo del bien hipotecado sin añadirle ningún calificativo, por lo que en cuanto no hay nada que abone o exija una interpretación restrictiva, antes bien la esencia y finalidad de la norma imponen el sentido amplio comprensivo de ambos tipos de situaciones, y en cuanto no deben hacerse distinciones donde la Ley no ha

distinguido, debe concluirse que están previstos, contemplados y sujetos a un mismo y único tratamiento jurídico tanto el deterioro material como el deterioro jurídico de los bienes hipotecariamente afectados. No se precisa, pues, del instrumento analógico en razón de que el artículo 1894 del Código civil no ha dejado fuera de su supuesto de hecho los casos en que la garantía se pierde o disminuye no obstante la conservación de la integridad material de la cosa gravada.

Tampoco el ejemplo que brinda PINO procura mayor apoyo al criterio a que nos acogemos; según él, no puede negarse a la movilización de una pertenencia el carácter de hecho jurídico, y, en este caso, el deterioro del bien complejo hipotecado no se produce por el solo hecho material de la separación de la cosa accesoria, sino por los elementos jurídicos que dan a la separación material la eficacia de sustraer el bien a la disciplina inmobiliaria (41). Sin duda que la separación de una pertenencia de la cosa principal es algo más que un simple hecho físico; produce consecuencias jurídicas y es, por tanto, un acto jurídico. Pero si ello es cierto, no se alcanza a ver cómo la separación de la pertenencia provoca el deterioro jurídico del conjunto hipotecado, ya que a tenor del párrafo tercero del artículo 818 del Código civil italiano «la cesación de la calidad de pertenencia no es oponible a los terceros que hayan adquirido anteriormente derechos sobre la cosa principal», y no hay duda de que el acreedor hipotecario se encuentra entre estos terceros.

En fin: debe desecharse también la aseveración de MORENO QUE-SADA de que los autores que incluyen el deterioro jurídico se ven forzados a tal admisión porque, al sostener la incompatibilidad entre los artículos 2743 y 1186 del Código italiano (arts. 1894 y 1215 del C. c. venezolano), las disminuciones acaecidas por hecho jurídico quedarían

(41) PINO, loc. cit., pág. 95. ROCA SASTRE, al ocuparse en particular de la actitud negativa en el orden jurídico del dueño de lo hipotecado (deterioro jurídico), menciona los siguientes actos: «permitir o tolerar, sin reacción correctora del hipotecante; que el propietario del predio vecino o contiguo al hipotecado no respete las servidumbres activas al servicio o en favor del inmueble gravado, edifique sin guardar, por ejemplo, las distancias procedentes en la edificación, o cuando tales servidumbres sean, por ejemplo, de *non aedificandi* o *altius non tollendi*, así como en los casos en que se dejan perder por prescripción extintiva tales servidumbres, o de otro tipo, y desde luego también el dejar perder por inacción un derecho de paso o de buscar aguas para destino a la finca hipotecada, o de tolerar que se abuse de paredes medianeras por parte del otro partícipe en ellas, o que en el predio colindante se realicen actos nocivos que puedan llegar a destruir o deteriorar la pared privativa propia, dejar prescribir caminos útiles para la explotación más cómoda de la finca hipotecada, o dejar perder otras ventajas de análogo o diferente tipo» (ob. cit., IV-2.º, pág. 951).

al margen de toda regulación en cuanto no se consideran comprendidas por el precepto que contempla la disminución de la garantía hipotecada (42). Entre los artículos 1215 y 1894 no existe incompatibilidad, sino tan sólo distintas esferas de actuación o aplicación dado el carácter general y especial, respectivamente, de uno y otro; el hecho de que el segundo se refiera específicamente a la disminución de la garantía hipotecaria no significa de manera necesaria que deba aplicarse a todo supuesto en que se produzca tal acontecer ni, *a contrario sensu*, que quede excluido del ámbito del primero cualquier acontecimiento de dicha naturaleza. El artículo 1215 se ocupa de la disminución de las garantías en general y el 1894 sustrae de este campo genérico el más reducido de la disminución de la garantía hipotecaria, pero sólo en el caso de que se den precisas y determinadas circunstancias, y, entre ellas, que la disminución se haya ocasionado por el deterioro de la cosa sometida a hipoteca.

En consecuencia, no es que el artículo 1215 sea inaplicable de manera absoluta en el caso de disminución de la garantía hipotecaria, sino que el mismo normalmente no se aplica a este tipo de evento en cuanto se den en el mismo los presupuestos exigidos por el artículo 1894; mas cuando, aun tratándose de un genuino supuesto de empeoramiento de la seguridad hipotecaria, no quepa aplicar este último artículo por no darse las condiciones de actuación del mismo, sin ninguna duda que siempre quedará abierto el camino general del artículo 1215. Por tanto, aun en el caso de que la interpretación se inclinase a considerar que en el supuesto de disminución de la garantía hipotecaria no debe tomarse en cuenta más que el deterioro material de la cosa hipotecada, ello no significaría, contra lo que pretende MORENO QUESADA, que quedarían fuera de toda previsión legal los deterioros provocados por hechos jurídicos, pues a los mismos cabría extender la disposición del artículo 1215 en razón de que entre este precepto y el artículo 1894 no hay ninguna esencial incompatibilidad ni repulsa intrínseca, sino una simple delimitación de campos de actuación: general el del uno, específico el del otro; y es evidente que cuando un determinado caso no puede caer bajo los dictados de la norma especial por carecer de algunos de los requisitos que conforman la especialidad queda sujeto a la prescripción normal de la regla general.

No es, pues, que en el supuesto de hecho del artículo 1894 deba considerarse incluido el deterioro jurídico de la cosa hipotecada porque de no ser así esta hipótesis quedaría desasistida de tuición jurídica, camino indirecto este que no puede servir para descubrir la naturaleza

(42) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 555-556.

y alcance de una norma, sino que semejante especie de deterioro queda comprendida en la norma porque la misma no la excluye, ni siquiera por el mecanismo reflejo de mencionar tan sólo el deterioro de signo contrario, y porque una adecuada interpretación racional y finalista de aquélla debe conducir de manera necesaria a la inclusión de ambas clases de deterioro dentro del supuesto de hecho del referido artículo 1894.

B.—*Forma de uso de la cosa*

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere el perecimiento o deterioro de los bienes hipotecados, términos que deben entenderse de la manera amplia que se acaba de exponer; ahora bien, ¿será indiferente al respecto que el deterioro se haya ocasionado por el uso normal o regular de la cosa, o hará falta, por el contrario, que el menoscabo derive de la utilización anormal que a la misma dispense su propietario? La doctrina tradicional se suele inclinar hacia la tesis de la necesidad del uso anormal en base a considerar que la existencia de la garantía no priva al propietario del derecho de usar y gozar (y disponer) del bien que constituye su objeto (43), y, en consecuencia, la posible insuficiencia de la garantía que por la realización de tales actos puede sobrevenir es algo que pudieron y debieron prever las partes contratantes.

Para BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, la insuficiencia de la garantía debe ser el resultado de acontecimientos que no entraron en las previsiones de las partes y, en consecuencia, el acreedor no tiene derecho a invocar el artículo 2131 (del Código francés) cuando el deudor realice los actos regulares de disfrute: él debió tener en cuenta estas eventualidades en la apreciación del valor de la garantía ofrecida (44). Según PLANIOL y RIPERT, la insuficiencia de la garantía ha de ser el resultado de sucesos fortuitos que no tenían que prever las partes; el artículo 2131 supone que las pérdidas o deterioros materiales tienen carácter irregular y afectan de modo imprevisto la garantía del acreedor: por consiguiente, éste no tendría derecho a reclamar si el propietario del inmueble sólo hubiese hecho uso del derecho de administración y de disfrute que se le concede a pesar de la hipoteca, por ejemplo si hubiese vendido y permitido la extracción de una corta de leña sin anticiparse a la época normal de hacerlo (45). En el sentir de RIPERT

(43) MAIORCA: *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*. Milán, 1938, pág. 143.

(44) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, págs. 491-492.

(45) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

y BOULANGER, el texto del artículo 2131 supone que las degradaciones tuvieron un carácter irregular y representan una amenaza imprevista para la seguridad del acreedor; en consecuencia, éste no tendrá derecho a quejarse ni a exigir un suplemento de hipoteca, ni a pedir un reembolso antes del plazo, si el propietario del inmueble no hubiese hecho más que usar del derecho de administración y de goce que le queda, pese a la existencia de la hipoteca (46). LOMONACO opinaba que la disposición del artículo 1890 (hoy 2743) del Código de 1865 no encontraba aplicación en el caso de que el deterioro del inmueble sea consecuencia de actos de goce, ejecutados por el propietario regularmente, de acuerdo a la naturaleza especial del inmueble sometido a hipoteca; por ejemplo, si el deudor procede a la tala del bosque de acuerdo a la rotación anual del mismo o a la práctica de los propietarios, sería extraño que el acreedor hipotecario pudiera demandar un suplemento de hipoteca o, en su defecto, el pago del crédito (47). Considera ANDRIOLI que el artículo 2743 se aplica cuando el deudor usa en forma anormal la cosa, o bien moviliza cosas devenidas inmuebles por destinación antes de la constitución de la garantía, o bien cuando hechos físicos o sociales dañan la entidad material de la cosa: ni el artículo 1186 ni el artículo 2743 encuentran aplicación cuando el uso de la cosa gravada por parte del deudor es normal, porque la garantía no le sustrae la facultad de gozar de la cosa hipotecada (48); y así podríamos continuar acumulando citas en el mismo sentido.

¿Son correctas semejantes apreciaciones? Sin duda que la constitución de la garantía hipotecaria no arrebata al propietario las facultades de usar, administrar y disfrutar que sobre la cosa le corresponden, y exacta es también la aseveración que el uso normal de un derecho no debe acarrear consecuencias patrimoniales adversas (*qui iure suo utitur neminem laedit*), cuales son las que contempla el artículo 1894 del Código civil; pero tales afirmaciones, siendo ciertas en línea de principio, no son, en cambio, aplicables o utilizables en la hipótesis en consideración.

Como se ha señalado repetidas veces, la *ratio* del precepto es la protección del acreedor contra la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria; el mismo responde a un claro propósito de *favor creditoris*. Por tanto, excluir las consecuencias por él establecidas en el

(46) RIPERT y BOULANGER, ob. cit., VII, pág. 317.

(47) LOMONACO: *Istituzioni di diritto civile italiano*, VII. Nápoles, 1995, pág. 296.

(48) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 48.

caso de que el perecimiento o deterioro de la cosa gravada se haya producido durante el uso normal o regular de la misma supondría la inversión de los términos e ideas que están en la base de la norma, ya que la tutela del acreedor no estaría contemplada en forma directa, cual es lo exacto, sino tan sólo de manera refleja: en aquellos casos en que el deudor haya usado anormalmente de la cosa hipotecada. Con lo que, bajo este aspecto, la protección del acreedor sería una simple consecuencia de la sanción impuesta al deudor, siendo el castigo de éste el fin que presidiría el precepto.

En el fondo, la posición expuesta no es otra cosa que la natural conclusión a que conduce el criterio tradicional de que el artículo 1894 sólo se aplica cuando la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido sin la culpa del deudor, por un acontecimiento fortuito, ya que difícilmente cabría catalogar como hecho fortuito la utilización normal del bien hipotecado por parte del deudor; se explica así que la doctrina francesa se incline en bloque a excluir la aplicación del precepto en los casos de daños producidos por el uso normal.

Sin embargo, con tal planteamiento tiene lugar una defectuosa formulación de la situación prevista por la norma en estudio. Como se ha advertido, el artículo 1894 plantea tan sólo el supuesto de que el acreedor haya experimentado la disminución de la garantía hipotecaria por virtud del deterioro sufrido por la cosa gravada, sin importarle que el hecho causante del mismo sea culposo o fortuito; pues bien, siendo esto así, se comprende que es del todo indiferente que el menoscabo del bien sea consecuencia del uso normal o anormal que del mismo haga su propietario; lo único que se debe tomar en consideración es el hecho objetivo de que la cosa gravada ha perecido o se ha deteriorado, sin importar ni incidir en forma alguna la circunstancia de que el deudor se haya extralimitado o no en la utilización y disfrute de aquélla. Lo que sucede es que los autores ponen mal sus ejemplos, pues es evidente que si el dueño de un bosque procede a la tala regular y ordinaria podrá alegarse que tal hecho ocasiona una disminución de valor del bien hipotecado, lo que, a los efectos que se consideran, es por completo intrascendente, pero en forma alguna cabrá afirmar que la tala ha originado el deterioro del mismo.

RUBINO, aunque no participa de la tesis gala de que el dispositivo legal en estudio sólo opera cuando la disminución de la garantía no es imputable al deudor, considera, sin embargo, que, en todo caso, sea el hecho fortuito o culposo, debe ser anormal y originalmente imprevisible, por lo que resultan excluidos, por ejemplo, el deterioro derivado del

simple uso normal, del que el propietario conserva el derecho, la extinción del usufructo por causa preconstituida, etc. (49).

No podemos estar de acuerdo con tales afirmaciones, porque mediante las mismas, sin percatarse, RUBINO se adhiere al criterio francés, que aparentemente rechaza al reconocer que en el marco del artículo 2743 del Código civil italiano (1894 del venezolano) juega tanto el hecho imputable como el no imputable. En efecto, estima que el hecho debe ser anormal y originalmente imprevisible, con lo que de manera indirecta admite que la disminución de la garantía se debe haber producido por un acontecimiento fortuito.

A nuestro modo de ver las cosas, el artículo 1894 toma en cuenta tan sólo la circunstancia de que el bien objeto de la garantía ha sufrido un deterioro, y producido tal acontecer entra a operar con indiferencia del carácter previsible o imprevisible del mismo, al igual que tampoco toma en cuenta que el hecho causante sea culposo o fortuito. Sin duda que el acreedor hipotecario conoce y acepta que el dueño del bien gravado va a continuar usando y disfrutando del mismo, pues tal es su derecho, pero ello no significa que tenga que pasar por el eventual deterioro que el aludido uso y disfrute pueda ocasionar al bien. Y en esto no hay un contrasentido ni una paradoja por la sencilla razón de que si el uso que se realiza es el normal, lo ordinario será que la cosa no experimente daño; pero si, no obstante el uso regular, sobreviene el deterioro, el mecanismo del artículo 1894 entrará a operar. Porque obsérvese que una cosa es afirmar que el uso normal por parte del deudor constituye un evento fortuito, lo que sin duda no es exacto, y otra muy diferente considerar que el posible (aunque no probable) menoscabo del bien por semejante uso es algo que pudo y debió preverse, y ello para el caso de seguirse el criterio francés de que la disminución debe haber sobrevenido por caso fortuito, y no en la construcción de RUBINO, para quien es indiferente, como en realidad lo es, que el debilitamiento de las garantías se haya producido por un acontecer fortuito o no.

Los autores franceses, dentro de su particular concepción del problema de restringir el precepto a las disminuciones fortuitas, incurren en un error de perspectiva o enfoque al contemplar el uso regular de la cosa gravada, que les lleva incluso a caer en contrasentido con su propia posición de principio. En efecto, el uso normal del bien sin duda que no constituye algo imprevisible, pero el deterioro del mismo a causa de un uso de tal especie sí reviste características de evento fortuito, y, por tanto, si fuesen lógicos y consecuentes con sus ideas matrices de-

(49) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., págs. 362-363.

berían concluir que en esta última hipótesis sí debe aplicarse la norma en estudio: el uso normal no es un hecho fortuito, pero el deterioro derivado del mismo sí que lo es, y es a éste y no a aquél al que hay que atender a la hora de considerar si se ha conformado o no el supuesto de hecho del artículo 1894. Si, no obstante el uso normal por parte del deudor, se ha originado el deterioro de la cosa, esta situación era imprevisible y no cabe atribuirle a la culpa o falta de él, por lo que, en definitiva, el precepto debe operar incluso desde el ámbito restringido que al mismo asigna la doctrina gala.

La constitución de la garantía hipotecaria no priva al propietario de la cosa del derecho de usarla; supuesto esto, que es indubitable, es indiferente desde el ángulo de los intereses del acreedor que aquél se sirva del bien de una manera normal, o en forma anormal siempre y cuando no lo menoscabe; mas si sobreviene el deterioro, también ahora es indiferente el hecho de que la utilización haya sido de uno u otro tipo; lo único que se va a tomar en consideración es la circunstancia cumplida y ostensible de que la cosa se ha deteriorado. Lo contrario, como antes señalábamos, implicaría basar el dispositivo de protección que se considera no tanto en el perjuicio que experimenta el acreedor como en la conducta irregular y aun culposa del deudor, cosa que, en nuestra opinión, cambia por completo la función y finalidad de la figura, con el agravante, además, de que de ser rigurosamente lógica (en la construcción francesa) ni siquiera en esta última hipótesis debería poder recurrirse al precepto, porque si el deterioro se produjo por un uso anormal no cabe reconducirlo al campo de los acontecimientos fortuitos.

En definitiva, creemos, de acuerdo con PINO, que la disposición del artículo 1894 del Código civil se refiere al hecho objetivo de que se haya producido el perecimiento o deterioro de la cosa objeto de la garantía (tan es así, que se aplica incluso al caso fortuito), y, en consecuencia, la misma será aplicable aunque el deterioro haya acaecido por el uso normal del bien (50). Porque cuando se dice que el hecho causante del deterioro debió ser imprevisible para el momento de la constitución de la garantía no se está hablando con propiedad, ya que lo que debe revestir tal carácter de imprevisibilidad no es el hecho en sí, sino el deterioro derivado del mismo; el uso normal del bien hipotecado desde luego que no constituye algo imprevisible, pero si a causa del mismo se ocasiona deterioro al bien, sí estaremos ante una situación que normalmente habrá escapado a las previsiones de las partes. «Aquel que estipula una hipoteca sobre un monte, sobre una mina, sobre una

(50) PINO, loc. cit., pág. 95.

cantera—escribía LAURENT—, sabe que el valor de la cosa será disminuido por la explotación que el deudor tiene derecho a hacer de ella; le toca, pues, estipular en consecuencia. Ni siquiera puede decirse que éstos sean deterioros; el deudor no deteriora un bien por los actos de goce que tiene derecho de ejecutar» (51).

Rectamente entendidas estas palabras, son exactas; el uso regular de un bien no puede considerarse como deterioro del mismo en el campo hipotecario donde nos movemos; pero si, de todas maneras, sobreviene su menoscabo, la circunstancia de que se haya estado disfrutando en forma regular no supone un obstáculo para la aplicación del artículo 1894, porque ha quedado conformado el supuesto de hecho del mismo: la destrucción o el daño de la cosa hipotecada.

C.—Disminución de valor del bien

Hace falta, pues, el deterioro del bien, con indiferencia del carácter material o simplemente jurídico de aquél y con indiferencia, asimismo, de la manera como el deudor haya venido ejercitando los derechos que conserva sobre la cosa gravada. Mas, ¿tendrá lugar el juego del mecanismo protector que se estudia en el caso de que, aun sin haberse producido el deterioro del bien, ocurra su disminución de valor o depreciación?

«Si los inmuebles, conservando su integridad, han disminuido de valor, aunque sea por accidente—señalaba LAURENT—, el acreedor queda sin derecho. Las revoluciones, las crisis industriales, las guerras, disminuyen el valor de la propiedad inmobiliaria; algunas veces los trabajos públicos, unas vías de comunicación que aumentan la propiedad y riqueza de una parte del país, tienen una influencia enteramente contraria sobre otra parte, dejando desiertos caminos que antes eran muy transitados. Estos accidentes se podrían comparar a una pérdida parcial. ¿Por qué el legislador no los tiene en cuenta? Porque la mengua del valor no es puramente accidental, como el deterioro; esto no podría preverse, mientras que el acreedor sabe que si ordinariamente aumentan los inmuebles de valor pueden sobrevenir causas que lo disminuyan, aun cuando sea provisionalmente. A él toca calcular y estipular una garantía hipotecaria que permanezca suficiente aunque sobrevenga una mengua en el valor de los bienes. Si no lo hace, él tiene la culpa, y sería contrario al Derecho y a la equidad hacer responsable al deudor de un hecho que debe ser imputado a la imprevisión del acreedor» (52).

(51) LAURENT: *Principios de Derecho civil*, XXX. La Habana, 1920, páginas 509-510.

(52) *Ibíd.*, XXX, págs. 507-508.

La idea ya la había expresado antes DURANTON al señalar que cuando la disminución de la garantía derivase sólo de una simple disminución del valor del bien, sin deterioro, el acreedor no puede solicitar el pago o el suplemento de hipoteca. El artículo 2131 habla de pérdida o deterioro de los inmuebles hipotecados y no de su simple disminución de valor. En vano el acreedor alegará que la disminución notable de valor del inmueble es en relación a su garantía lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que, hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato está plenamente en vigor (53).

Pues bien: estos mismos conceptos se han venido repitiendo, casi sin excepción, hasta nuestros días. Los autores modernos continúan hablando de que es necesario que la depreciación se produzca por un cambio en el estado físico, y no bastará con una disminución del valor por causas de carácter general (PLANIOL y RIPERT) (54); de que el artículo 2131 (del Código francés) es inaplicable cuando los inmuebles han sufrido una depreciación o disminución de valor, debido a causas externas, a una crisis económica o a circunstancias locales que han hecho descender el precio de la propiedad (RIPERT y BOULANGER) (55); de que las fluctuaciones de valor del bien hipotecado no pueden ser asimiladas a una pérdida: el artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga no constituye la aplicación de un principio de Derecho común y es de interpretación restrictiva (DE PAGE) (56); de que en lugar de la distinción entre hechos materiales y hechos jurídicos es preciso tener presente la distinción entre depreciación y deterioro, ya que el artículo 2743 (del Código italiano) se aplica tan sólo en este último caso, esto es, cuando la disminución de la garantía provenga del deterioro de la cosa sometida a prenda o a hipoteca (PINO) (57); de que el artículo 2743 no se aplica si la cosa disminuye de valor, permaneciendo, no obstante, íntegra en su consistencia material, porque normalmente el acreedor, al

(53) DURANTON: *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, X. Nápoles, 1845, pág. 362.

(54) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411.

(55) RIPERT y BOULANGER, ob. cit., VII, pág. 317.

(56) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, pág. 540.

(57) PINO, loc. cit., pág. 96. Según los hermanos MAZEAUD, el artículo 2131 del *Code Napoléon* no se refiere sino a las pérdidas de valor provenientes de depreciaciones materiales; una fluctuación del valor del inmueble, debida a circunstancias económicas, no justificaría la aplicación del mencionado artículo 2131; en efecto, le pertenece al acreedor obtener, con motivo de la constitución, una garantía que le afiance un margen de seguridad (MAZEAUD: *Lecciones de Derecho civil*, III-1.º Buenos Aires, 1962, páginas 354-355).

obtener la garantía, hace sus cálculos sobre la integridad de la cosa y no sobre la estabilidad del valor de la misma, estabilidad que no existe (RUBINO) (58); de que las causas de disminución de la garantía deben incidir directa y específicamente sobre el bien hipotecado, resultando excluidas aquellas que lo afectan como mero reflejo económico, aunque no tengan alcance general (RUBINO) (59); de que de los hechos naturales hay que excluir la depreciación debida a los eventos de la economía nacional o mundial, a los que nadie puede sustraerse: el Código habla de perecimiento o deterioro y no también de depreciación, porque ésta es previsible, ya que se sabe que el valor de los fondos puede aumentar o disminuir conforme a las circunstancias, y que el que quiera precaverse puede exigir desde el principio una hipoteca de mayor margen (MARIANI) (60), etc.

Frente a este auténtico clamor, un solo parecer en contra: el de GUILLOUARD. Según este clásico autor francés, no es admisible el criterio general de que cuando el artículo 2131 (del Código francés) habla de que los inmuebles hipotecados hubiesen perecido, experimentando degradaciones, tales expresiones sólo se refieren al daño material, y no pueden extenderse al caso de depreciación. Piensa él que si el artículo 2131 constituyera un texto de excepción, si crease una decadencia contraria a los principios generales del Derecho, sería cierto que no podría extenderse a una hipótesis que no había previsto; pero no es tal el carácter de este texto, sino que el mismo no es más que una aplicación del principio de la condición resolutoria, recogida en el artículo 1184, que domina toda la materia de los contratos tanto unilaterales como sinalagmáticos. La razón del préstamo hecho por el acreedor no está solamente en el compromiso personal del deudor de restituir la suma prestada, sino también en la afectación hipotecaria que éste ha estipulado, y, en consecuencia, si la prenda pierde una porción notable de su valor, puede pedirse la resolución con indiferencia de que la causa de la pérdida sea un deterioro o una depreciación del inmueble. En su sentir, la exclusión de esta última hipótesis, que de hecho será muy excepcional, del artículo 2131 responde a una razón práctica, pues la indicación de la misma en la Ley habría contribuido a multiplicar los procesos, debido a que los acreedores constantemente alegarían problemáticas depreciaciones; mas, aunque no exista un texto especial, el artículo 1184 será suficiente para permitir al acreedor demandar la reso-

(58) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale...*, ob. cit., pág. 22.

(59) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362.

(60) MARIANI: *Della ipoteca immobiliare*. Milán, 1958, págs. 339.

lución una vez que en forma cierta se haya depreciado el inmueble hipotecado (61).

Es patente la falta de fuerza de tales aseveraciones. El artículo 1184 del Código civil francés (como el art. 1167 del C. c. venezolano) recoge la llamada «condición resolutoria tácita», que faculta para pedir la resolución de los contratos bilaterales cuando una de las partes incumple voluntariamente la obligación a su cargo, caso de que no se prefiera exigir el cumplimiento de la misma. Ahora bien: considerar que la norma que establece la decadencia del término cuando se disminuyan las garantías hipotecarias no es más que una aplicación concreta del principio de la condición resolutoria, constituye de manera evidente algo inadmisibile, en primer lugar porque aquí no hay falta de cumplimiento de una obligación (a no ser que se entienda que el deudor soporta la obligación de mantener el valor de la cosa gravada, lo que es absurdo); en segundo término porque al acreedor no se le da, ni podría dársele, opción alguna en orden a la resolución y al cumplimiento, y, finalmente, porque, en todo caso, el hecho que desencadena la aplicación del precepto carece de la nota de voluntariedad que juega siempre en el ámbito de la condición resolutoria tácita. Por otra parte, si las afirmaciones de GUILLOUARD fuesen exactas no se comprende cuál sería la razón de la existencia del artículo 2131, pues de la misma forma que cabe prescindir de él en el caso de disminución de valor de la cosa hipotecada, sería posible su marginación en el supuesto de deterioro de la misma, ya que uno y otro estarían comprendidos en la previsión general del artículo 1184 del Código civil francés o sus equivalentes en los demás Códigos latinos. En fin: incluso prescindiendo (cosa que no es posible) de las observaciones apuntadas, la tesis del citado autor francés debería rechazarse por una serie de razones colaterales: la ausencia de bilateralidad en el supuesto en estudio; la improcedencia de encuadrar la constitución de la garantía hipotecaria entre las circunstancias motivadoras de la obligación garantizada, ya que de la misma manera que el nacimiento de la obligación se ha podido hacer depender de la constitución de la hipoteca, cabe también que ésta no haya tenido nada que ver en la aparición de aquélla (62); la circunstancia patente de que

(61) GUILLOUARD: *Traité des privilèges et hypothèques*, III. París, 1899, páginas 495-496.

(62) BARBERO (*Sistema del Derecho privado*, III. Buenos Aires, 1967, página 189) cree que en la aplicación del artículo 1894 (2743 del Código italiano) habrá que distinguir por lo menos el caso de que la obligación haya nacido con la garantía, lo cual hace presumir que sin ésta el acreedor no habría consentido en la constitución de la relación—caso, a la verdad, el más frecuente—del caso en que la garantía se la da posteriormente, sin prórroga o dilación hecha con miras a ella: en este caso, le parece,

si el artículo 2131 supone la aplicación de algún principio general de Derecho, tal será el recogido en el artículo 1188 (1215 del Código venezolano) antes que el sancionado por el artículo 1184 (1167 del Código venezolano); la consideración de que en el llamado principio de la condición resolutoria se da por supuesto la inexistencia o el vencimiento del término, mientras que en el caso contemplado el elemento plazo debe estar presente en forma inexcusable, ya que uno de los efectos principales de la norma es precisamente su decadencia o caducidad, etc.

El hecho de que la tesis de GUILLOUARD sea errada no excluye, en cambio, que algunos de los argumentos esgrimidos por este autor produzcan la impresión de ser enteramente justificables y ajustados a la finalidad de la garantía hipotecaria y al fundamento de la norma que se está estudiando. Tal sucede con su alegato de que cuando la cosa gravada pierde una parte notable de su valor debe ser, en principio, indiferente que tal pérdida provenga del deterioro material o de la depreciación de aquélla.

Parece, en efecto, que orientado el artículo 1894 del Código civil (o sus correspondientes de los demás Códigos) a proteger al acreedor hipotecario contra la disminución de la garantía a su favor existente, semejante protección debería contemplar y abarcar indistintamente tanto la disminución sobrevenida por menoscabo de la cosa como la acaecida por la caída en el valor en cambio de la misma, porque, sin duda alguna, desde el punto de vista económico la situación del acreedor es la misma en ambos casos.

Se habrá observado que buena parte de los autores mencionados excluyen la aplicación del precepto en el caso de simple depreciación del inmueble por circunstancia de la economía nacional o internacional, en razón de estimar que las mismas son previsibles, ya que el acreedor debe saber en el momento de la constitución de la garantía que el valor de los bienes sufre fluctuaciones, y, en consecuencia, puede remediar el riesgo que para su derecho entraña una eventual disminución de valor de la cosa hipotecada mediante el establecimiento de una garantía holgada, capaz de absorber y neutralizar tal tipo de evento.

no hay razón para que el débito llegue a vencimiento antes de tiempo, por la disminución de la garantía que no ha presidido ni determinado su origen. La verdad es, empero, que de la *ratio* y de los términos en que está redactado el precepto no cabe derivar semejante distinción ni excluir la aplicación del mismo en aquellos casos en que la constitución de la garantía hipotecaria tenga lugar con posterioridad al nacimiento de la obligación y no haya influido en lo que respecta al momento de cumplimiento de ella.

Posiblemente es cierto que los acontecimientos que provocan los cambios de valor de los inmuebles se pueden prever, que las partes deben saber que la cotización de éstos puede aumentar o disminuir, pero, de todas maneras, en cuanto no existan datos concretos y precisos la pretendida previsibilidad de los aludidos acontecimientos no se halla muy lejos de la también posible previsibilidad de los deterioros materiales. Si en el momento de la constitución de la garantía se sabía que el bien gravado iba a experimentar pérdida de valor, es obvio que nada podrá reclamar el acreedor cuando tal ocurra, pues él ha aceptado y asumido el riesgo, pero ¿podrá sostenerse lo mismo cuando se desconocía dicha eventualidad, en base a considerar que el acreedor debe tener siempre en mente que el objeto de la garantía está sujeto a vaivenes de tipo económico? En caso de contestación afirmativa no se ve cuál puede ser la razón del diferente trato que se otorga al supuesto del deterioro del bien, pues es obvio que también el acreedor puede prever que la disminución de la garantía se producirá en este caso; por ello tiene plena razón RUBINO cuando, al señalar que las causas que afectan a la cosa gravada como mero reflejo económico generalmente se excluyen porque no pueden considerarse imprevisibles en el momento de la constitución de la garantía, hace notar que «no parece que sobre el plano de la imprevisibilidad pueda notarse una apreciable diferencia con las causas materiales» (63).

La exclusión de la depreciación del supuesto de hecho del artículo 1894 tampoco puede basarse en la circunstancia de que el mismo habla tan sólo de perecimiento o deterioro y para nada menciona la disminución de valor del bien, pues en cuanto esta última hipótesis puede encuadrar sin obstáculo dentro de la *ratio* de la norma no habría mayor inconveniente para el juego de la analogía.

Habría que indagar, pues, por caminos distintos a los tradicionales el porqué de la no operancia de la sobrevenida disminución de valor en el ámbito de aplicación del precepto en consideración.

La hipoteca es, sin duda, un derecho de vinculación y realización de valor, un derecho al valor en cambio del bien a ella sometido, pero en cuanto derecho real su objeto no viene dado por tal valor, sino por el bien mismo. El artículo 1894 del Códigd civil contempla el supuesto de disminución de la garantía hipotecaria, pero a través del único camino que jurídicamente puede tener relevancia: el deterioro de la cosa gravada; el aumento o la disminución de valor de la misma es algo que tendrá extraordinaria importancia desde el ángulo de la suficiencia o afectividad de la garantía, mas dejará incólume su estructura en

(63) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362, n. 61.

cuanto la misma, como derecho real, no ha sufrido alteración de ninguna clase. En consecuencia, si el derecho real de hipoteca no se ve afectado en nada por el hecho de que la cosa que constituye su objeto sufra depreciación, se explica que el artículo 1894 resulte inaplicable en esta hipótesis, pues desde el estricto ángulo jurídico no se ha producido mutación alguna en el estado general de la situación, y que en el fondo hasta sea improcedente hablar de auténtica disminución de la garantía, ya que ésta, estructuralmente, no ha experimentado cambio: se trata tan sólo de causas externas que desde el punto de vista económico puedan afectar al acreedor, pero que no implican alteración en forma alguna de su condición jurídica. En vano el acreedor alegará, advertía DURANTON, que la disminución notable de valor del inmueble es, en relación a su garantía, lo mismo que un deterioro, ya que el deudor responderá que, hallándose su inmueble en el mismo estado en que se encontraba cuando fue constituida la hipoteca, el contrato es plenamente ejecutable (64). Este es el camino que conduce a la explicación adecuada de la exclusión de la esfera del mecanismo estudiado del supuesto de depreciación del bien hipotecado.

En esta misma dirección, RUBINO ha señalado con justeza que se debe considerar que el acreedor hipotecario tiene derecho a la conservación no del valor en sí y por sí, sino sólo del originario estado (material o jurídico) del bien, ya que éste es el que constituye objeto de la hipoteca y no su valor: de esta manera viene dada prevalencia a la estructura de derecho real, acordando protección sólo contra aquellas disminuciones de valor que deriven de una alteración de la consistencia del bien; aunque también en este caso la función de derecho al valor que deriven de una alteración de la consistencia del bien; aunque también en este caso la función de derecho al valor y la de garantía no quedan completamente sin relieve, en cuanto sólo se concede protección contra aquellas modificaciones del bien que disminuyan su valor hasta hacerlo insuficiente para la satisfacción del crédito (65).

D.—*Sujetos afectados por el perecimiento o deterioro*

De acuerdo a los términos en que está redactado el artículo 1894 del Código civil, «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan, o padezcan un deterioro que los haga insuficientes para garantizar el crédito, *el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca...*». El precepto no presenta obstáculos en su aplicación cuando el que sea

(64) DURANTON, ob. cit., X, pág. 362.

(65) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 362, n. 61.

deudor en la relación obligatoria garantida sea al mismo tiempo hipotecante, ya que será a él a quien corresponderá aportar la garantía complementaria; mas la interrogante se plantea en el caso de que la hipoteca se haya constituido sobre bienes de un tercero: sobrevinida la destrucción o la degradación de la cosa hipotecada, ¿corresponderá al hipotecante no deudor proporcionar el suplemento de hipoteca respectivo?

Entre los autores italianos, que son los únicos que se han ocupado del punto, ha dominado la opinión de que en cuanto el tercer dador tan sólo está sujeto a prestar la garantía, no estará obligado a suplemento alguno cuando la cosa perezca o se deteriore (66), aunque tampoco han faltado autorizadas voces en defensa de la tesis contraria. En esta última dirección, GORLA afirmaba que tratándose de deterioro tendrá el acreedor contra el tercer dador los dos poderes que contenía el artículo 1980 (del Código italiano de 1865): exigir un suplemento, o actuar inmediatamente sobre la cosa deteriorada, y, además, puesto que la responsabilidad de aquél está limitada a la cosa dada en prenda, si el deterioro o la destrucción es por su dolo o culpa, deberá responder a título de responsabilidad aquiliana (67); para RUBINO, si la garantía ha sido concedida por un tercero, el acreedor puede exigir una nueva garantía al deudor, pero puede exigirla también, a su elección, al tercero: no obteniéndola ni de uno ni de otro tiene derecho al pago inmediato, pero no puede exigir éste si antes no ha requerido sin éxito la nueva garantía al tercero (68); en opinión de ANDRIOLI, la tesis corriente no es aceptable, ya porque los artículos 2868 a 2871 colocan al tercer dador sobre la línea del fiador, ya porque si la conservación de la garantía funciona para el tercer propietario debe, *a fortiori*, aplicarse al tercer dador (69).

Nos parece que hay exceso en tales afirmaciones; extender hasta el fiador real la carga de otorgar un suplemento de hipoteca rebasa tanto el cometido y alcance del artículo 1894 como el estricto campo de las relaciones entre aquél y el deudor. Cuando para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena un tercero hipoteca sus bienes, su afección o vinculación a la situación jurídica en que interviene no puede ni debe pasar de ahí; el hecho de que con posterioridad la garantía otorgada resulte insuficiente por virtud del perecimiento o deterioro de la cosa alguna forma resultar sujeta a otorgar una nueva garantía cuando la dor en cuyo beneficio se produjo su participación: cuando el tercer da-

(66) CHIRONI, ob. cit., II, pág. 364.

(67) GORLA, ob. cit., pág. 157.

(68) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale...*, ob. cit., pág. 21.

(69) ANDRIOLI, ob. cit., pág. 47.

dor se compromete a dar una garantía, ha escrito con acierto PINO, cumple su obligación en el instante en que ha constituido la prenda o la hipoteca (70). Esto es lo exacto; la vinculación y responsabilidad del hipotecante no deudor no puede llevarse más allá del momento en que procede al adecuado establecimiento de la garantía prometida; exigir que, además, resulte afectado por las alteraciones que pueda sufrir la garantía otorgada sería colocarlo en un plano de participación que no se corresponde ni con su posición real en la situación jurídica en juego ni con el grado de interés que en la misma tiene.

Cierto que el artículo 1894 persigue la protección del acreedor mediante el restablecimiento de la garantía hipotecaria disminuida, mas semejante tutela no puede llevarse hasta el extremo de imponer al tercer dador la carga de dicha restauración, porque ello implicaría la vinculación respecto al acreedor de un sujeto que no tiene con él otra relación que la mera de ser propietario del bien objeto de la hipoteca; otra cosa es que si la destrucción o el menoscabo de la cosa se ha producido por su dolo o culpa pueda resultar obligado a reparar el daño sobrevenido al acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad por hecho ilícito.

Por otra parte, la concesión de un suplemento de hipoteca no constituye, para la mayor parte de los autores italianos, una auténtica obligación, sino tan sólo una carga cuyo incumplimiento abre la vía para exigir el pago inmediato de la acreencia. Pues bien: esto que tiene sentido y se justifica cuando es el propio deudor el único vinculado a la restauración de la garantía (ya que si no la practica tendrá que soportar el reclamo del crédito), carecía de explicación al aceptar la tesis que combatimos, pues, en tal caso, uno de los afectados por la carga (tercer dador) no sufriría sanción, acaecido el incumplimiento de la misma, en cuanto a él no cabe exigirle el pago del débito. Además, con la tesis que criticamos resultarían conformadas de distinta manera y sometidas a diferente tratamiento jurídico las situaciones en que la garantía la constituya el propio deudor y aquellas en que la hipoteca provenga de un tercero (por un lado, el acreedor no podría exigir el pago sin requerir antes el suplemento tanto al deudor como al fiador real, y, por el otro, se le estaría concediendo una doble vía que no se da en la hipótesis en que coinciden deudor e hipotecante), lo que, sin duda, se compagina mal con la naturaleza y la construcción legal de la figura en estudio. En fin, no se olvide que el precepto habla de que el acreedor *tendrá derecho* a un suplemento de hipoteca; mas si se acepta que este derecho es ejercitable también frente al tercer dador, ¿qué clase de poder jurídico su-

(70) PINO, loc. cit., pág. 93.

pone el mismo, habida cuenta que en relación a éste carece en absoluto de efectividad y sanción? Si se quiere ser lógico con la formulación impugnada habría que concluir con RUBINO, aunque él no lo haga en estos términos, que la petición sin éxito de nueva garantía al tercero constituye presupuesto o requisito ineludible para que pueda reclamarse el pago de la acreencia al deudor, lo que, a no dudar, establece un condicionamiento al ejercicio de los derechos del acreedor hipotecario que difícilmente cabe derivar del artículo 1894, a falta de mención expresa en tal sentido. Por todo lo hasta aquí apuntado, en nuestra opinión el hipotecante no deudor no está sujeto a la concesión de un suplemento de hipoteca en caso de disminución de la garantía, conclusión con la que de manera sorpresiva coincide RUBINO en su trabajo sobre las hipotecas, no obstante sus afirmaciones contrarias, antes apuntadas, hechas a propósito del estudio de la responsabilidad patrimonial (71).

Se pregunta PINO si esta misma solución será aplicable en el supuesto de que el tercer dador se haya comprometido mediante un único negocio, al mismo tiempo con el acreedor y con el deudor, a garantizar la obligación durante toda su duración. En su sentir, en este caso el deudor tiene derecho a que el tercero ofrezca el suplemento al acreedor para evitarle la pérdida del beneficio del término; pero si el tercero no ofrece el suplemento, el deudor no puede oponer al acreedor la falta de petición de suplemento al tercero, porque la relación que nace de tal negocio trilateral es distinta e independiente de la relación de garantía: privado del término, el deudor tendrá una acción *ex contractu* por incumplimiento de los otros dos contratantes (acreedor y tercer dador) (72). No tenemos ningún reparo en suscribir estas afirmaciones; una vez constituida la garantía hipotecaria por parte del tercer dador, la misma, en razón de que asegura el cumplimiento de una deuda ajena, podríamos decir que sale fuera de su ámbito jurídico, de su esfera de intereses, en cuanto ésta afecta en exclusiva a la relación jurídica existente entre acreedor y deudor, y, por tanto, es únicamente a estos sujetos a quienes interesa, y son ellos tan sólo los implicados en las situaciones positivas o negativas que la vivencia de la misma puede plantear, y ello aunque, como dice PINO, el tercer dador se haya obligado a garantizar el crédito durante toda su existencia, ya que este tipo de vinculación es por completo extraño y autónomo de la garantía hipotecaria constituida: del mismo no cabe derivar la necesidad de proceder a completar la garantía cuando experimente disminución por la pérdida o deterioro de la cosa hipotecada. Aparte de que no deja de ser para-

(71) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 364.

(72) PINO, loc. cit., págs. 92-93.

dójico que cuando una persona grava una cosa de su pertenencia para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena pueda la misma en alguna forma resultar sujeta a otorgar una nueva garantía, cuando la primigenia haya resultado insuficiente precisamente porque se destruyó o menoscabó el bien de su propiedad, ¿no sería esto tanto como castigar o amenazar con un castigo a quien ha intervenido sin necesidad personal y, además, lo que sin duda agrava y hace más injusta la situación, cuando se ha producido el daño de la cosa que él puso al servicio de ajenas necesidades e intereses?

Mas si, según creemos, el tercer dador no está sujeto a procurar un suplemento de hipoteca en la hipótesis prevista en el artículo 1894 del Código civil, ¿acaso semejante afección corresponderá al tercer adquirente de la cosa hipotecada?

Cuando un tercero pasa a ser propietario del bien sometido a hipoteca, es obvio que, dado el carácter real del gravamen, debe soportar la limitación que a su dominio supone la existencia del mismo y estar a las consecuencias que en su día puede provocar la ejecución de la garantía; pero fuera de dicha implicación, que es mera consecuencia de la oponibilidad *erga omnes* del gravamen hipotecario, ninguna otra conexión o relación surge respecto a la obligación garantizada (prescindimos del caso en que la adquisición de la cosa gravada va acompañada de la asunción por el tercero de la obligación personal asegurada, pues en el mismo, claro está, no se produce problema alguno dada la identificación de sujetos que tiene lugar); aquí, todavía menos que en el supuesto del tercer dador, no hay razón que justifique la carga del tercer poseedor de constituir garantía complementaria cuando la originaria haya experimentado disminución por virtud del deterioro de la cosa gravada. Sostener lo contrario supondría afirmar que cuando alguien adquiere una cosa sometida a hipoteca en alguna forma pasa a estar obligado a garantizar el débito ajeno, en cuanto la insuficiencia de la garantía hipotecaria puede incidir negativamente sobre su patrimonio al resultar compelido a constituir una hipoteca complementaria; mas, como con exactitud ha resaltado PINO, se debe rechazar que el tercer adquirente soporte un vínculo contractual a garantizar porque al adquirir el bien gravado él no ha asumido compromiso alguno de garantizar la obligación de su autor (73).

El artículo 1894 conforma el derecho del acreedor a pedir suplemento de hipoteca en función de que la garantía originaria se ha tornado insuficiente: el acreedor ya no tiene segura la realización de su crédito, debido a que la hipoteca ha disminuido su cobertura; ahora

(73) *Ibíd.*, pág. 92.

bien, siendo esto así, ¿cuál puede ser la razón de que el tercer poseedor de la cosa se vea forzado a intervenir en beneficio del acreedor, cuando la única vinculación que con éste tiene es la que indirectamente se deriva del hecho de que la hipoteca sea un derecho real? El derecho del acreedor hipotecario a la conservación y mantenimiento de su garantía, que el artículo 1894 consagra, es evidente que sólo puede tener normal ejercicio contra el deudor, dado que es éste el único que con él aparece vinculado en forma inmediata, directa y principal. El tercer adquirente es un extraño en la relación que la hipoteca asegura y, en cuanto desprovisto de interés en la misma, mal puede verse involucrado en las incidencias de su garantía suficiente, aparte de que aquí se plantean también, incluso de manera más acentuada, los mismos inconvenientes e inconsecuencias que se expusieron a propósito de la crítica de la extensión al tercer dador de la carga de constituir suplemento de garantía, que damos por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

La conclusión a que debe arribarse en el punto que se considera es que en los ordenamientos jurídicos que tienen una norma similar al artículo 1894 del Código civil venezolano, acaecido el supuesto de hecho por el mismo previsto, el acreedor hipotecario únicamente puede exigir la garantía complementaria a su deudor, con indiferencia de que sea o no dueño del bien gravado, y únicamente éste, en consecuencia, soporta la carga de restablecer las garantías quebrantadas al nivel que tenían al tiempo de su constitución; tanto el hipotecante no deudor como el tercer poseedor de la cosa gravada en cuanto ajenos a los intereses en juego a nada quedan sujetos, y a la inversa, tampoco hace falta que el acreedor haya demandado infructuosamente a los mismos una nueva garantía para que, caso de no haberla obtenido del deudor, se produzca el efecto de la decadencia del término. Cosa distinta es que los aludidos sujetos puedan, si así lo desean, a objeto de evitar la ejecución de la hipoteca y la expropiación de los bienes gravados, ofrecer garantías complementarias, que el acreedor podrá libremente rechazar por más que sean aptas y suficientes, porque lo mismo puede hacer cualquier tercero general que no esté involucrado en forma alguna con la cosa gravada por la garantía real; y cosa distinta es también, tal como destaca PINO, que una oferta de suplemento hecha por el tercero impida los efectos de la demanda del acreedor, siempre que la oferta se produzca en forma tal que el deudor quede subrogado en la observancia de la carga y sea, por ello, hecha por su cuenta (74).

En el Derecho alemán, contrariamente, la doctrina dominante suele admitir que el acreedor hipotecario puede y debe reclamar el suple-

(74) *Ibíd.*, pág. 93.

mento de hipoteca también al tercer dador y al tercer adquirente; mas semejante opinión tiene en su apoyo una expresa mención legal de la que se carece en los correspondientes preceptos de los países latinos. En efecto, de acuerdo al parágrafo 1133 del BGB, «si, a consecuencia de un empeoramiento de la finca, corre peligro la seguridad de la hipoteca, el acreedor puede señalar *al propietario* un plazo prudente para el apartamiento del peligro»; es decir, la facultad del acreedor hipotecario puede ejercitarse, porque así lo establece explícitamente la norma, contra cualquiera que sea propietario (o figure como tal en el Registro: parágrafo 1148) de la finca gravada, y, por ende, no sólo contra el deudor que revista tal condición, sino también contra el tercer dador y contra el tercer adquirente que no estén en la situación de deudores. Ahora bien: el mismo precepto se encarga de señalar en qué consiste eliminar el peligro cuando establece que el peligro se aparta «por mejoramiento de la finca o por constitución de ulteriores hipotecas», de lo que resulta, mediante la adecuada interrelación, que también aquellas categorías de sujetos soportan la carga, cuando tal sea el caso, de proceder a otorgar la garantía hipotecaria complementaria que corresponda.

E.—*Responsabilidades extrañas al artículo 1894 del Código civil*

Se acaba de ver cómo la carga de constituir un suplemento de hipoteca que el artículo 1894 del Código civil contempla no es extensible hasta los terceros dador y adquirente en razón de que estos sujetos son extraños al juego de intereses que están en la base y constituyen la razón de ser del indicado precepto; mas, ¿significa esto que los mismos se hallan exentos de toda responsabilidad cuando la disminución de la garantía hipotecaria sobrevenga por su culpa? Por otra parte, si el artículo 1894 establece un adecuado régimen de tutela a los derechos del acreedor para el supuesto de debilitamiento de la seguridad hipotecaria, ¿supone el mismo que cuando la disminución proceda de la culpa de deudor su responsabilidad no llegará más allá de lo estatuido por la indicada norma?

Según PINO, cuando la disminución ha ocurrido por obra del deudor o del tercer dador, éstos responden del daño si se habían comprometido a garantizar la obligación durante toda su duración; pero si el vínculo de garantizar la obligación se extinguió en el instante de constituir la garantía, no serán llamados a responder contractualmente, ya que no existe al respecto ni disposición de ley ni vínculo contractual, ni tampoco extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño por su acción, ya que tan sólo la falta de suplemento o bien la falta de pago

lesionan sus intereses; ello significa que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, porque su único interés consiste en la posibilidad de una satisfacción forzosa del crédito en el caso de que el deudor no cumpla la obligación (75).

La primera parte de esta proposición parece aceptable sin mayores escrúpulos; es difícil que quepa exigir responsabilidad contractual al deudor o al hipotecante no deudor en razón de la sobrevenida disminución de la garantía hipotecaria cuando los mismos no se hayan comprometido a asegurar la obligación durante toda su existencia jurídica. La segunda parte de que tampoco procede responsabilidad extracontractual es más discutible.

En efecto, no parece sea posible dudar que si producida la destrucción o el deterioro de la cosa gravada por culpa del deudor o del fiador real, el acreedor no logra obtener un adecuado suplemento de hipoteca ni la exacta y completa satisfacción de su crédito, habrá experimentado un daño patrimonial que, en cuanto proveniente de hecho ilícito, caerá bajo los dictados de la responsabilidad aquiliana o extracontractual (artículo 1185 del C. c.); esto que, sin duda, supone ya un cierto e ineludible juego del mecanismo del hecho ilícito no se lo plantea PINO. Este autor contempla la exclusión de dicho mecanismo sobre la base de que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, ya que su único interés consiste en la satisfacción coactiva del crédito caso de incumplimiento del deudor; y es aquí donde creemos se da la falla de su formulación.

La garantía hipotecaria creada constituye su bien específico del acreedor cuya conservación ha de ser objetivamente tutelada so pena de transformarlo en algo ilusorio, y buena prueba de ello la tenemos en el propio artículo 1894, que atiende a la conservación de la garantía hipotecaria. Ahora bien: cuando por acto doloso o culposo del deudor o del tercer concedente la cosa gravada perece o se deteriora y se produce, por tanto, la pérdida o disminución de la hipoteca, con independencia de que la anticipada ejecución del crédito produzca o no pérdidas patrimoniales a su titular (por ejemplo, en materia de intereses), se le está irrogando al mismo un daño injusto que exige la aplicación de la responsabilidad aquiliana; bueno que, salvo expreso convenio al respecto, el deudor y el tercer dador no soporten la obligación específica de no disminuir la garantía hipotecaria constituida, pero si dolosa o culposamente la han disminuido estarán perjudicando un bien del acreedor y deberá exigírseles la reparación que proceda; desde el momento en que para un acreedor no es indiferente la existencia o no de la garantía,

(75) *Ibíd.*, pág. 97.

es evidente que ésta constituye objetivamente un bien cuyo daño debe caer bajo los dictados generales de la responsabilidad por hecho ilícito. Pretender, como lo hace PINO, que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma se halla muy cerca de la inconsecuencia, porque si así fuese, ¿cuál sería la razón de que ocurrida la disminución de aquélla por cualquier causa el acreedor pueda actuar de la manera prevista en el artículo 1894 del Código civil? Pues bien: si la simple y escueta minoración de las garantías hipotecarias generadas es susceptible de producir determinadas consecuencias jurídicas, ello nos patentiza que las mismas constituyen bienes *per se*, jurídicamente relevantes, y que, en consecuencia, ha de estar el acreedor interesado en su conservación.

Ya hace tiempo que LAURENT escribiera lo siguiente: «La hipoteca es la condición bajo la cual el acreedor contrató, la condición en razón de la cual hizo anticipos; sin la garantía hipotecaria no hubiera contratado, luego si esta garantía queda destruida o disminuida debe tener el derecho de pedir la resolución del contrato, es decir, el reembolso de su crédito. Poco importa que el deudor tenga o no la culpa; no por eso dejará de ser verdad que no se puede aprovechar de un contrato que el acreedor no hubiera consentido sin la garantía real» (76). Aun reducidas estas palabras a su exacto significado jurídico, no deja de ser cierto que en una mayoría determinante de casos la relación obligatoria garantizada llega a nacer precisamente porque su cumplimiento se asegura mediante la constitución de una hipoteca adecuada. Ahora bien: si la hipoteca representa en los mismos la razón de ser la obligación, ¿cabe sostener que el acreedor no tiene un interés legítimo a su conservación por ella misma? Cuando un acreedor acepta la hipoteca a su favor constituida, sin duda que para él revestirá interés el hecho de que la disminución de la misma acaezca por el deterioro de la cosa gravada le faculte para pedir una garantía complementaria y, en su defecto, para solicitar el inmediato pago de su acreencia, pero lo para él determinante no es tanto las futuras incidencias de su garantía (piénsese, por ejemplo, que la insuficiencia ocasionada por oscilaciones de valor del bien hipotecado no le atribuye facultad alguna), sino la garantía misma; él no la acepta pensando en lo que obtendrá o podrá hacer caso de que se pierda a disminuya (ello equivaldría a querer una figura jurídica por sus consecuencias anormales o excepcionales), sino pensando en lo que significa para la seguridad de su derecho si todo se desenvuelve con normalidad, si la hipoteca mantiene su originaria conformación o consistencia.

(76) LAURENT, ob. cit., XXX, págs. 507-508.

El acreedor, frente a lo que piensa PINO, sí tiene un auténtico y legítimo interés a la conservación de la garantía hipotecaria por sí misma, so pena de consagrar el contrasentido de que lo que pudo ser determinante para él carece de interés en sí mismo considerado (¿acaso lo intrascendente por sí puede ser trascendente en sus aplicaciones?), y, por tanto, existiendo dicho interés es consecuencia obligada que siempre que por dolo o culpa del deudor o del hipotecante no deudor se produzca la disminución de la garantía hipotecaria, prescindiendo del régimen sancionado por el artículo 1894, procederá exigir la reparación del daño que experimente el acreedor en virtud del mecanismo de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Coincidimos, pues, en este punto concreto con el parecer de GORLA.

La posición negadora de PINO reproduce demasiado a lo vivo la corriente tradicional que ve en la hipoteca un mero accesorio del crédito, un simple instrumento al servicio de la realización de la acreencia, tesis esta que hoy es tenazmente combatida por el sector más destacado y valioso de la doctrina científica, el cual se esfuerza en resaltar, frente a la fase de efectividad o ejecución, la llamada fase de seguridad o cautelar de la hipoteca, tan importante o más que la primera, y en patentizar que la figura hipotecaria ostenta y goza de genuina autonomía estructural y funcional. Si la hipoteca constituye, como para nosotros no hay duda alguna, un auténtico derecho real de realización de valor que tiene por objeto una cosa determinada, no cabe pensar, sin caer en una situación dogmáticamente inaceptable, que el acreedor hipotecario titular del mismo no tiene un legítimo interés en su conservación, pues ello equivaldría a negarle eficacia intrínseca y, en definitiva, su propia naturaleza de derecho subjetivo.

Para PINO, si el autor de la disminución es el tercer adquirente, éste, de acuerdo a los principios generales, no será responsable frente al acreedor, porque el propietario de una cosa no puede estar sujeto a responder de los daños que los terceros experimenten por el ejercicio de su derecho, siempre que tal ejercicio no suponga la realización de actos de emulación. Mas hay una disposición, el artículo 2864 (del Código italiano, equivalente al art. 1905 del C. c. venezolano), por la que el tercero debe responder de los daños causados al acreedor cuando incurrió en culpa grave. La responsabilidad del tercer adquirente es, en tal caso, contractual, porque la obligación deriva de una disposición particular que demuestra claramente que no existe una obligación genérica de no disminuir la garantía. La *ratio legis* del artículo 2864 es clara. El acreedor tiene la posibilidad de satisfacerse sobre el resarcimiento que el tercero debe al propietario de la cosa que ha destruido,

porque *pretium succedit in locum rei*. Pero en el caso de que el autor del deterioro sea el mismo dueño de la cosa, nadie está obligado a reparar los daños, y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer. Imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave, el legislador equilibra los intereses del acreedor con los del propietario, de manera que éste, por el principio *qui rem suam neglexit nullae querelae subiecit*, estará sujeto a responder sólo cuando incurra en culpa grave (77).

En relación al tercer adquirente de la cosa gravada, la situación se presenta, en principio, en los mismos términos que se acaban de exponer respecto al tercer dador; es cierto que tanto uno como otro, en cuanto dueños de la cosa, no son responsables de los daños que puedan sufrir terceros en virtud del ejercicio de su derecho de propiedad. Pero no es por ahí, según se ha señalado anteriormente, por donde debe contemplarse la especial situación del dueño de la cosa hipotecada, sino desde la perspectiva siguiente: El acreedor hipotecario, en cuanto titular de un derecho real de hipoteca, ostenta un bien singular que, de manera general, estará protegido por el principio de prescripción de los hechos ilícitos; en consecuencia, cuando dolosa o culposamente el propietario de la cosa disminuye la garantía (daña el bien que pertenece al acreedor) mediante el menoscabo de la cosa que constituye su soporte, debe poder exigírsele la reparación del daño causado a través de la vía de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, porque ha producido perjuicios a un peculiar bien ajeno (por más que éste tenga por objeto la cosa de su pertenencia): la garantía hipotecaria constituida a favor del acreedor. Pese a lo que pretende PINO, el acreedor sí tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, y por ello se explica que caiga bajo los efectos de la responsabilidad por hecho ilícito cualquiera que, en las condiciones legalmente prescritas para ésta, la dañe o perjudique, incluido, claro está, el mismo propietario de la cosa objeto de la garantía real. Valen, pues, en este punto, respecto al tercer adquirente de la cosa hipotecada, las mismas consideraciones y conclusiones que se expusieron a propósito del tercer concedente y se dan aquí, en consecuencia, por reproducidas.

Mas en relación al tercer poseedor, la ley trae una disposición que no aparece dictada en relación al tercer dador; en efecto, de acuerdo al artículo 1905 del Código civil, «el tercer poseedor está obligado a reembolsar los daños ocasionados al inmueble por culpa grave de su parte, en perjuicio de acreedores que hayan registrado su título, y no podrá invocar contra ellos retención por causa de mejoras». Este precepto

(77) PINO, loc. cit., pág. 97.

constituye una valiosa ayuda para la tesis que sostenemos, porque demuestra, con la fuerza que da toda formulación legal, que el deterioro del inmueble hipotecado por parte de su propietario es susceptible de causar perjuicio al acreedor hipotecario.

Según PINO, cuando la disminución de la garantía se produce por deterioro de la cosa, el autor de éste no debe ser llamado a responder ni contractual ni extracontractualmente, porque el acreedor no padece daño en virtud de tal acontecer; mas si ello fuera cierto, ¿cómo se explica que el artículo 1905 obligue a resarcir los daños causados a la cosa en perjuicio de los acreedores hipotecarios? La existencia del mismo patentiza en forma inexcusable que el acreedor sí experimenta daño cuando, mediante la actuación del dueño de la cosa, ve disminuida la garantía hipotecaria a su favor constituida y demuestra también, de manera refleja, que aquél es titular de un bien específico a cuya conservación tiene un interés legítimo, ya que la ley atiende a la misma no sólo mediante el recurso genérico de la responsabilidad extracontractual, sino incluso a través de instrumentos concretos, como es el recogido en el artículo 1905 antes transcrito. Si se nos objetara que PINO hace tan sólo sus afirmaciones en relación al deudor y al tercer dador, pero no respecto al tercer adquirente (ya que frente a éste se lo impide el texto expreso del artículo 1864 del *Codice civile*), se podría replicar que en uno y otro supuesto la situación es por completo idéntica y que si en uno de ellos (el del tercer adquirente) se admite que el deterioro de la cosa causa perjuicio al acreedor, igual conclusión debe predicarse para el otro, porque la posición jurídica e intereses de las partes son exactamente las mismas; lo único que sucede es que, mientras en el primero existe una específica disposición legal que obliga al tercer poseedor a resarcir el daño, falta en el segundo un precepto concreto que imponga similar obligación al tercer concedente. Pero negar la sanción no significa negar el daño, y ello en el supuesto de que se entienda que el artículo 1905 del Código civil, en cuanto norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación estricta y no es susceptible de extenderse por analogía a casos similares (entre los que se hallaría, sin duda, el del hipotecante no deudor y el del deudor propietario del bien gravado), cosa muy discutible, pues hoy la doctrina admite, sin mayores problemas, que toda norma, sea cual sea su naturaleza, es susceptible de aplicación analógica.

De acuerdo a la orientación que sostenemos tendríamos, pues, que tanto el deudor como el fiador real, como el tercer poseedor, serían responsables por hecho ilícito cuando por acto doloso hubiesen ocasionado la disminución de la garantía hipotecaria. Pero, por lo que hace al

tercer adquirente, además de la genérica responsabilidad extracontractual, el mismo soportará la específica responsabilidad legal sancionada por el artículo 1905 del Código civil en los términos que dicho precepto señala; es decir, que mientras la responsabilidad aquiliana procede por dolo y cualquier clase de culpa del autor del acto ilícito (*in lege Aquilia et laevissima culpa venit*), la que establece el artículo 1905 sólo será posible en caso de dolo o culpa grave del causante del daño.

En opinión de PINO, la *ratio legis* del artículo 1905 (art. 2864 del Código italiano) descansa en que el hecho de que en cuanto el autor del deterioro por ser dueño de la cosa no está obligado, en línea de principio, a resarcir del daño causado, y el acreedor corre el riesgo de no poderse satisfacer, el legislador equilibra los intereses de uno y otro imponiendo al tercer adquirente la responsabilidad por culpa grave.

A primera vista se advierte que esta no puede ser la fundamentación adecuada, porque la misma situación de peligro atraviesa el acreedor hipotecario cuando el daño a la cosa lo ocasiona el deudor o el tercer dador, y, sin embargo, la ley nada dispone en estas últimas hipótesis. La explicación de la norma en consideración posiblemente se encuentre en el hecho de que el tercer poseedor, frente al tercer dador y al deudor hipotecante, no ha procedido a constituir por él el gravamen hipotecario, sino que adquiere la cosa ya con esa afección, y ello lleva al legislador a adoptar una especial precaución frente al mismo sobre la base de que será menos respetuoso de la garantía en cuyo nacimiento no intervino. Esta es, sin duda, la explicación más neutra, porque, en nuestra opinión, la norma podría establecer un supuesto general de responsabilidad legal en todo caso en que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga de la culpa grave del propietario de la misma sin entrar a discriminar la exacta condición jurídica de éste en relación a la garantía hipotecaria, solución perfectamente acogible en el Derecho venezolano, aun prescindiendo de la analogía, porque en el mismo la expresión «tercer poseedor» (que utiliza el art. 1905 del Código) engloba tanto al tercer poseedor *stricto sensu* como al tercer dador, cosa que no sucede en el ordenamiento italiano, donde se distingue con precisión entre una y otra categoría de sujetos, y el artículo 2864 del *Codice* aparece referido en exclusiva al tercer adquirente.

Dada la posición que adoptamos se comprende que la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito alcance también al tercero en general que mediante el daño o deterioro de la cosa gravada disminuya la garantía hipotecaria. Es cierto, como dice PINO, que, en esta hipótesis, el acreedor hipotecario tiene eventualmente la posibilidad de satisfacerse sobre el precio del resarcimiento que el tercero deba al propieta-

rio, pero junto a este recurso subsidiario disfruta de otro principal, por cuya virtud puede perseguir directamente al autor del daño por el monto del perjuicio que haya experimentado, siempre que se den, claro está, las circunstancias que conforman la responsabilidad por hecho ilícito.

La razón es palmaria, y ya la hemos resaltado reptidas veces. El acreedor hipotecario es titular de un derecho real de hipoteca que constituye un bien singular a su favor existente. Pues bien: aunque no se quiera hablar de que existe una obligación de no disminuir la garantía hipotecaria, y menos respecto al tercero indeterminado, sí hay que admitir, en cambio, que existe una prohibición general de no lesionar los derechos subjetivos ajenos (*alterum non laedere*), y, por tanto, quien por acto doloso o culposo, con indiferencia de cuál sea su relación con la cosa gravada y con el acreedor, causa lesión al derecho real de hipoteca, está actuando en forma antijurídica o contraria a Derecho y queda obligado, en consecuencia, a reparar el daño ocasionado. La lesión culposa de un derecho ajeno constituye un hecho ilícito y pone en marcha, naturalmente, el mecanismo de la responsabilidad aquiliana.

Hasta aquí nos hemos ocupado de la responsabilidad del autor de la disminución de la garantía frente al acreedor hipotecario; dos palabras ahora, para terminar el punto, sobre la responsabilidad de aquél frente al deudor en la relación obligatoria garantizada.

El supuesto es el siguiente: por acto del tercer adquirente o del tercer dador la garantía hipotecaria constituida experimenta disminución y el acreedor perjudicado procede a actuar en los términos previstos por el artículo 1894 del Código civil, esto es, exige al deudor el otorgamiento de una nueva garantía, y, de no obtener ésta, el pago inmediato de su acreencia (pérdida del beneficio del término para el deudor). Pues bien, hay que distinguir:

Si el tercer concedente se ha obligado respecto al acreedor y al deudor a garantizar la obligación mientras ésta subsista, es claro que la disminución de la garantía por culpa suya le acarreará la responsabilidad contractual correspondiente. Caso contrario, desde luego que no procede semejante responsabilidad por incumplimiento de contrato. Según RUBINO, si por culpa del tercer concedente el deudor pierde el beneficio del término y paga la deuda o sufre ejecución forzosa, y si, por otra parte, dicho tercero se obligó a título oneroso con el deudor a conceder la garantía, será responsable para con éste de los eventuales daños que se le produzcan; en su opinión, frente al parecer de CHIRONI, aunque no se trata de una garantía por evicción, es por lo menos dudoso que esta responsabilidad subsista también en el caso de que el compromiso del tercero frente al deudor de suministrar la garantía se haya

contraído a título gratuito (78). Esta distinción carece por completo de justificación; a los efectos de la responsabilidad contractual del hipotecante no deudor, es absolutamente irrelevante que el mismo haya constituido al gravamen hipotecario a título gratuito o a título oneroso, ya que a los señalados efectos lo único que debe tomarse en consideración es si el tercer dador cumplió con su obligación en el momento mismo en que constituyó la garantía, o si, por el contrario, su compromiso comprendía también el aseguramiento del crédito por toda su duración, pues en el primer caso no hay responsabilidad y en el segundo sí la hay cuando, por la conducta de aquél, tiene lugar la disminución de la garantía hipotecaria generada.

¿Y la responsabilidad extracontractual?

Para PINO, si la obligación del tercer concedente era de ejecución instantánea, es decir, si fue cumplida en el momento mismo en que se estableció la garantía, para admitir su responsabilidad con el deudor haría falta poder demostrar que este último goza de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía. Tal derecho no existe ni siquiera si se configura la hipoteca como un derecho real, porque en este caso el tercero estaría obligado tan sólo respecto del acreedor (aquí se advierte que la posición negadora de la responsabilidad aquiliana del tercero frente al acreedor, que sostiene PINO, es una consecuencia obligada de algo que tiene en mente y que no manifiesta a lo largo del trabajo tantas veces citado: la negación a la hipoteca de su naturaleza de derecho real; por ello, cuando en hipótesis atribuye a la garantía hipotecaria la condición de derecho real, se ve obligado frente al acreedor hipotecario, con lo cual la solidez de su argumentación se rebaja en forma sustancial, ya que sus conclusiones no las deriva del hecho de haber demostrado, como sería lo correcto, que el acreedor no tiene un interés legítimo a la conservación de la garantía por sí misma, sino de dar esto como supuesto en base a la tesis, utilizada, pero no advertida y mucho menos demostrada, de que la hipoteca no constituye un genuino derecho real). Por lo demás, concluye, ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa; el artículo 2864, que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, es una norma excepcional, y como tal no puede ser interpretada analógicamente ni respecto a la responsabilidad del tercer adquirente ni respecto a la responsabilidad del tercer dador (79).

(78) RUBINO: *La responsabilità patrimoniale...*, ob. cit., pág. 21.

(79) PINO, loc. cit., pág. 98.

Consecuentes con lo que hasta aquí hemos venido sosteniendo, tampoco en este lugar podemos estar de acuerdo con PINO. El punto de arranque de su tesis se halla en la indemostrada afirmación de que para que el tercer dador y el tercer adquirente pudiesen ser responsables, ante el deudor, por vía extracontractual haría falta que este último «gozase de un derecho o un interés legítimamente tutelado a la conservación de la garantía». Pues bien: esto es lo que ocurre exactamente; el deudor tiene verdadero interés en que la garantía hipotecaria se mantenga en los mismos términos en que fue constituida y se trata, sin duda, de un interés legítimo (o legítimamente tutelado, en la terminología de PINO), pues, de acuerdo al artículo 1894, sabido es que cuando la garantía hipotecaria experimente disminución, por cualquier hecho que implique deterioro de la cosa gravada, el acreedor tiene derecho a exigirle al deudor un suplemento de hipoteca (sólo a él, y no, como se ha visto, al tercer concedente o al tercer poseedor) y, en su defecto, al pago inmediato de su acreencia. A la vista de tal dispositivo legal que establece unas claras consecuencias perjudiciales para el deudor caso de debilitamiento de la hipoteca, ¿es posible afirmar que el mismo carece de un interés legítimo a la conservación de la garantía? El acreedor hipotecario, según antes se ha advertido, en cuanto titular de un auténtico derecho real de garantía ostenta inobjetablemente interés legítimo en su mantenimiento, pero el deudor se encuentra también en similar situación; es más, bajo la perspectiva que brinda el artículo 1894, podría decirse sin exageración que el deudor está más interesado que el acreedor en la subsistencia del *statu quo*, porque, a fin de cuentas, él va a ser el principal y directamente perjudicado en caso de alteración, ya que el acreedor hipotecario se acogerá, como compensación al perjuicio experimentado, al régimen tuitivo que a su favor sanciona el referido artículo 1894 del Código civil. Bajo este ángulo cabría afirmar que el deudor tiene interés, e incluso derecho, a que nadie provoque mediante su actuación la disminución de la garantía hipotecaria constituida; está legítimamente interesado en que la hipoteca no se degrade, y, en consecuencia, cuando alguien en forma dolosa o culposa ocasiona semejante situación, en cuanto está actuando contra Derecho, en cuanto lesiona un interés jurídicamente relevante debe caer bajo la férula de la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

PINO cree que ni el tercer dador ni el tercer adquirente pueden ocasionar un daño injusto cuando ejercitan el derecho de propiedad sobre su cosa, partiendo de la vieja máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*. Hay aquí una sensible confusión de conceptos, pues para establecer la responsabilidad extracontractual de los aludidos sujetos ni

siquiera hace falta recurrir a la figura del abuso de derecho (que permitiría sin obstáculo fundamentarla, ya que, de acuerdo con el artículo 1185, 2.º, «debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho»), sino tan sólo tomar en consideración que cuando el hipotecante no deudor y el tercer poseedor disminuyen en forma dolosa o culposa la garantía hipotecaria que pesa sobre la cosa de que son dueños (menoscabando, por ejemplo, ésta) están actuando contra Derecho o ilícitamente, ya que con su conducta irrogan un perjuicio al deudor (que sufrirá las consecuencias del artículo 1894), quien tiene, como antes se señalaba, un interés legítimo a la conservación de la garantía en la exacta contextura que *ab initio* ostentó, y, en consecuencia, el daño debe calificarse necesariamente de injusto (79 bis).

Por otra parte, la aseveración del mencionado autor de que el artículo 2864 del Código civil italiano (equivalente al art. 1905 del C. c. venezolano), que consagra una responsabilidad a cargo del tercer adquirente, constituye una norma excepcional y no cabe, por tanto, su interpretación analógica ni en relación a dicho tercer adquirente ni en relación al tercer dador, es por completo gratuita. El mencionado artículo no establece una «excepción a reglas generales o a otras leyes» (artículo 14 de las disposiciones sobre la ley general del Código italiano), ya que, según se ha advertido más arriba, no existe obstáculo intrínseco alguno para que la norma en cuestión se entienda en el sentido de que establece un supuesto general de responsabilidad legal siem-

(79 bis) Al respecto son bien significativas e instructivas las siguientes palabras de GIORGI: «Pero ¿cuál será en definitiva el criterio para distinguir el daño hecho *iure* del causado *iniuria*? Este criterio, si bien se considera, no puede consistir en la creencia de ejercitar un derecho; porque si la buena fe excluye siempre el dolo, no excluye igualmente la imprudencia, la negligencia, la impericia. El criterio que vamos buscando consiste únicamente en investigar si de parte del ofendido existía un derecho por el que le estaba garantido lo que perdió. En verdad no hay derecho contra derecho; y es absurdo que el ejercicio del derecho propio pueda conducir a la violación del derecho ajeno, no pudiendo proteger la ley contemporáneamente el interés del perjudicado y el interés contrario del que causa el perjuicio. Por no haber reflexionado en esta verdad de buen sentido, algunos escritores han caído en el absurdo de reducir a puro juego de palabras el axioma *qui iure suo utitur nemini iniuriam facit*; sin comprender que la violación del derecho ajeno no puede nunca justificarse como ejercicio de derecho propio, porque no es legítimo. Si, pues, el uso del derecho propio presupone necesariamente la falta de derecho contrario, el criterio que buscamos consistirá en ver si de parte del perjudicado existirá derecho o simple interés. Entendemos como derecho el goce de la utilidad garantizado por la ley; simple interés, el goce de la utilidad no garantizado por la ley» (GIORGI, ob. cit., V, págs. 263-264).

pre que el daño a la cosa hipotecada, que cause perjuicio al acreedor, provenga del propietario de la misma sin tener que discernir la exacta condición jurídica de éste respecto a la garantía hipotecaria, máxime en el ordenamiento venezolano, donde, bajo el término legal tercer poseedor, se cobijan tanto el genuino tercer poseedor como el auténtico tercer concedente.

Por las mismas razones que antes se aducían en relación al acreedor hipotecario, es claro que para nosotros también el tercero general o indeterminado (*poenitus extraneus*) puede quedar obligado frente al deudor en virtud de la responsabilidad extracontractual o por hecho ilícito.

4. *Insuficiencia de la garantía hipotecaria*

La aplicación del artículo 1894 del Código civil exige, tal como se ha visto, que la cosa sometida a hipoteca haya perecido o se haya deteriorado; a su vez, sabemos, asimismo, que la simple depreciación de la cosa gravada no pone en movimiento el mecanismo protector que se está estudiando. Pues bien: colocándonos ahora en un superior estadio en la consideración de los presupuestos de actuación del indicado precepto tendremos, según una primera y global visión, que el acreedor hipotecario sólo podrá actuar en el sentido por el mismo previsto cuando el menoscabo del bien sea de una entidad tal que la garantía se haga insuficiente para su seguridad, con lo cual la circunstancia de la disminución de aquél pasa a tener primerísima importancia, ya que será la misma el módulo a manejar para decidir si se ha producido o no una situación de insuficiencia hipotecaria. Coordinando estas ideas podría decirse, a primera vista, que ni el solo deterioro de la cosa ni la sola disminución de valor bastan para la aplicación del artículo 1894, sino que hace falta el juego combinado de uno y otro factor, o, si se quiere en otros términos, que menoscabo de la cosa que no torne insuficiente la garantía y depreciación que no sea consecuencia del deterioro de aquélla son irrelevantes en el específico campo contemplado, pues éste exige que el daño sufrido por el bien suponga una disminución de su valor tal que en adelante la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la exacta satisfacción del crédito bajo ella cobijado. En este sentido, el artículo 1894 del Código civil habla de que «cuando los bienes sometidos a hipoteca perezcan o padezcan un deterioro que *los haga insuficientes para garantizar el crédito...*». Desde luego no es necesario advertir que el estudio de la insuficiencia de la garantía ocasionada por su disminución sólo tiene sentido en el caso de que la cosa hipote-

cada haya experimentado deterioro (eso sí, de la necesaria entidad como para dar lugar a ella), pues, como advierte DE PAGE, la pérdida total torna la garantía inexistente y la norma jurídica tendrá aplicación en tal caso *a fortiori* (80).

La doctrina francesa, como de costumbre, se pronuncia en bloque y sin hacerse mayor cuestión sobre la necesidad de la insuficiencia de la garantía para que juegue el artículo 2131 del *Code*. En el sentir de TROPLONG, en el artículo 2131 el legislador supone que en el momento en que se concluyó la convención el deudor ofreció bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero después tal garantía ha resultado insuficiente, ya por pérdida, ya por degradación de los bienes hipotecados; semejante insuficiencia debe ser constatada por el acuerdo de las partes, por el juez o por una experticia (81). BAUDRY LACANTINERIE y DE LOYNES afirman que la aplicación del artículo 2131 exige que la disminución haya determinado que la hipoteca resulte insuficiente para la seguridad del acreedor; para ellos, la regla del mencionado artículo difiere de la del artículo 1188, porque toda disminución de las garantías, proveniente de hecho del deudor, entraña la decadencia del beneficio del término aunque las que resten sean todavía suficientes para la seguridad del acreedor (82). En opinión de PLANIOL y RIPERT es necesario que la disminución de las garantías originarias las haga insuficientes para el acreedor; en tal sentido señalan que si una cosa hipotecada, asegurada contra incendio, es destruida por el fuego, el acreedor sólo podrá pedir un suplemento de hipoteca si el inmueble se halla suficientemente asegurado o si la compañía de seguros alegase con éxito una causa de caducidad del seguro; si, por el contrario, la indemnización debida por el asegurador es un exacto equivalente del inmueble, el acreedor, cuyo derecho de preferencia se traslada sobre la indemnización, no puede alegar el artículo 2131 (83).

En parecidos términos se pronuncian los autores belgas. LAURENT señalaba que la degradación del inmueble hipotecado no basta para que el acreedor pueda promover el reembolso; es necesario que el inmueble venga a ser insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que si, a pesar del deterioro, al valor del inmueble da el acreedor garantía plena, no puede quejarse por no tener interés en ello; sólo cuando el inmueble deteriorado no tiene ya un valor que esté en relación con el monto del crédito, el acreedor tiene derecho a pedir el reembolso. ¿Cuándo puede

(80) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, pág. 536.

(81) TROPLONG, ob. cit., II, págs. 385-386.

(82) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., pág. 491.

(83) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 411.

decirse que hay insuficiencia de seguridad? Esta es una cuestión de hecho; los peritos se encargarán de valuar el inmueble y el juez decidirá en consecuencia (84). En nuestros días, para DE PAGE es evidente que el solo hecho de la degradación no sería suficiente para justificar la decadencia del término; hace falta, en consecuencia, que dicha degradación haya disminuido la seguridad o, en otras palabras, que haya agravado la situación del acreedor, ya que de no ser así una sanción tan grave como la exigibilidad del crédito principal no se justificaría; la cuestión de determinar si hay insuficiencia de la seguridad es de puro hecho (85).

También la doctrina italiana se orienta en la misma dirección: la norma protectora de los intereses del acreedor hipotecario sólo tendrá aplicación cuando la disminución sufrida por la garantía determine la insuficiencia de la misma a efectos de la seguridad de aquél. Para PINO, el artículo 2743 del *Codice* exige que el deterioro de la cosa debe ser de tal entidad, que ocasione la insuficiencia de la garantía; su aplicación depende no sólo del hecho objetivo de la disminución de la garantía, sino también del criterio relativo de la insuficiencia, resultando así particularmente importante la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación (86). Según RUBINO no basta cualquier disminución del valor del bien que no determine la insuficiencia de éste para satisfacer el crédito; probablemente, sin embargo, no es necesario que el valor descienda por debajo del crédito, sino que, por la imprevisibilidad del precio de venta y por el argumento que ofrecen los artículos 2875 y 2876, siempre deberá quedar salvaguardado un margen prudencial de al menos un tercio de exceso (si preexistía) (87).

Entre los autores venezolanos, siguiendo la misma pauta, SANOJO señala, al hablar de los requisitos para la aplicación del precepto que se está considerando, que es necesario que la hipoteca se haga insuficiente para garantizar el crédito, según su condición (88).

Y la verdad es que, a la vista de los artículos que contemplan la materia en los Códigos civiles francés, italiano y venezolano, difícilmente cabe otra conclusión que la que, en forma unánime, sigue la doctrina que comenta tales cuerpos legales. En ellos, de manera clara y precisa, se subordina la operancia del régimen tuitivo previsto al hecho de que la garantía haya resultado insuficiente para la satisfacción

(84) LAURENT, ob. cit., XXX, pág. 510.

(85) DE PAGE, ob. cit., VII-1.º, págs. 536 y 540.

(86) PINO, loc. cit., pág. 90.

(87) RUBINO: *L'ipoteca immobiliare...*, ob. cit., pág. 363.

(88) SANOJO, ob. cit., IV, pág. 339.

del crédito asegurado. La aplicación del artículo 1894 del Código civil estará subordinada, en lo que ahora nos interesa, a un doble orden de factores, ya que, por un lado, hará falta que el bien hipotecado haya sufrido deterioro o menoscabo (entendido éste en la forma amplia que con anterioridad se vio) y, por el otro, se precisará que la disminución de valor por éste provocado determine su insuficiencia para la seguridad del acreedor.

Pero con aceptar, como no queda otro remedio, que el juego del artículo 1894 depende de que la disminución sufrida por la garantía hipotecaria sea de tal envergadura que la torne insuficiente para el acreedor no quedan aclarados ni resueltos todos los problemas que semejante condicionamiento ocasiona. En efecto, no hay duda de que podrá y deberá hablarse de insuficiencia de la garantía cuando el valor del bien gravado era apto para cubrir el monto del crédito y luego, como consecuencia del daño experimentado, pierde tal aptitud; pero ¿podrá catalogarse en forma similar la situación existente cuando el bien era ya insuficiente en el momento de la constitución de la hipoteca y con posterioridad se agravó dicha insuficiencia en virtud del deterioro sufrido? Porque no hay ningún obstáculo para que la hipoteca recaiga sobre un bien cuyo valor actual sea inferior al monto del crédito a garantizar, incluso se afecte hipotecariamente una parte del valor total del bien que no alcance a cubrir la entera satisfacción de la acreencia; en estos casos, siendo la hipoteca *ab origine* insuficiente, ¿cuándo se estimará que se dan los presupuestos para la aplicación del artículo 1894 del Código civil? Por otro lado, puede suceder también que el gravamen hipotecario se haya establecido por una cantidad sensiblemente superior a la cuantía del crédito principal a garantizar, y que después, por razón del menoscabo del inmueble y su subsiguiente disminución de valor, se haya perdido semejante diferencia por más que el bien continúe siendo suficiente para garantizar el crédito, ¿deberá operar en este supuesto el mecanismo que nos ocupa? En fin, aun en el caso normal de hipoteca de una cosa cuyo valor cubra de manera adecuada la acreencia asegurada, ¿podrá hablarse de insuficiencia cuando, no obstante la sobrevenida disminución de valor, todavía el precio del bien alcance el monto del crédito asegurado? Como se ve, la expresión insuficiencia de la garantía no es tan inocua como a primera vista parece, y obliga a formular precisiones que la norma jurídica no cuidó en atender.

En relación a este punto, RUBINO advierte certeramente la importancia y necesidad de proceder a la adecuada formulación de lo que debe entenderse por insuficiencia de la garantía cuando señala que probable-

mente no es necesario, a tal efecto, que el valor del bien recaiga por debajo del crédito asegurado y que, en razón de la imprevisibilidad del precio de venta y del apoyo que brindan los artículos 2875 y 2876 del Código italiano, la cosa sometida a hipoteca se entenderá insuficiente para la seguridad del acreedor cuando su valor no exceda al crédito, por lo menos, en un tercio, siempre que originariamente se diese tal exceso.

Ello es exacto. El artículo 1894 puede tener aplicación en ciertos casos en que, no obstante su disminución de valor, el bien conserve adecuada entidad para la cabal satisfacción del crédito y en los que, en consecuencia, no puede afirmarse objetivamente que la cosa gravada se ha hecho insuficiente para la seguridad del acreedor. En el Derecho italiano esta tesis ve facilitada su acogida en virtud de las disposiciones que el *Codice* trae a propósito de la posibilidad de obtener la reducción de las hipotecas en el caso de exceso en el valor de los bienes hipotecados. En efecto, de acuerdo al artículo 2875 del Código civil italiano, «se considerará que el valor de los bienes excede de la cautela a suministrarse, si tanto en la fecha de la inscripción de la hipoteca como posteriormente supera en un tercio el importe de los créditos inscritos, aumentado en los accesorios a tenor del artículo 2855». Pues bien: cuando se dé tal circunstancia, el artículo 2876 permite obtener la reducción de la hipoteca en los siguientes límites: «La reducción se opera respetando el excedente del quinto, por lo que se refiere a la suma del crédito, y el excedente del tercio, por lo que se refiere al valor de la cautela.» Si tal es la relación entre el valor de la cosa dada en garantía y el valor de la obligación que la ley considera justa y adecuada para el caso de que en el instante de su nacimiento o con posterioridad el gravamen hipotecario exceda al monto del crédito asegurado en una proporción superior al tercio, parece razonable pensar que si en algún momento del devenir hipotecario el valor del bien, en razón del menoscabo sufrido, deja de superar en esta proporción el importe de la acreencia se habrá producido la insuficiencia de la garantía hipotecaria y deberá tener aplicación el mecanismo reparatorio que se estudia, por más que el bien hipotecado continúe teniendo un valor igual o superior a la acreencia asegurada; claro que ello será así siempre que en el instante de la constitución de la garantía hipotecaria se diese ese margen de, por lo menos, un tercio de exceso.

Por desgracia, en este punto, como en tantos otros, el Código civil venezolano, aun siendo coetáneo del italiano, carece, a diferencia de éste, de cualquier previsión o punto de referencia que pueda aprovecharse en el sentido que, como se acaba de ver, RUBINO utiliza los ar-

títulos 2875 y 2876 del *Codice*, y, en consecuencia, el concreto exceso de un tercio que el valor del bien gravado deberá mantener respecto al crédito garantido no podrá servir como piedra de toque para determinar si procede o no el empleo del artículo 1894. Pero siendo esto cierto, no lo es menos que cuando, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se hipoteca un bien cuyo valor guarda una precisa y buscada relación con la cuantía de aquélla, siempre que por deterioro y subsiguiente depreciación de la cosa gravada se rompa aquel margen o relación se estará produciendo una situación en todo similar a la prevista en el artículo 1894, y éste deberá extender lógicamente su ámbito de aplicación a la misma. En efecto, supongamos que, por las razones que sean, un acreedor sólo está dispuesto a recibir en hipoteca un bien cuyo valor exceda en una mitad el importe de la obligación que se va a asegurar y que así se cierra la operación en definitiva; después, por menoscabo del inmueble, el señalado margen se reduce a un tercio de exceso tan sólo. Desde el ángulo objetivo estricto es evidente que no se ha producido una situación de insuficiencia de la garantía, ya que el importe de la misma sigue rebasando al del crédito, y, por tanto, parece que debería excluirse la posibilidad de que el acreedor hipotecario se acoja al artículo 1894; mas, rectamente miradas las cosas, atendida la *ratio legis* del precepto y buscando la interpretación más racional del mismo, la conclusión debe ser, según creemos, que la hipótesis planteada queda comprendida dentro del supuesto de hecho de la norma (como una de sus posibles formas de presentación o planteamiento), y por ello ha de extenderse a la misma el peculiar mecanismo de tuición conformado en el artículo referido.

La solución que propugnamos, pues, en relación al punto que se está contemplando, es que en el Derecho venezolano, cuando entre el valor del bien objeto de la garantía y el importe del crédito garantizado existe una determinada y exigida proporción, si ésta se pierde por causa del deterioro del bien, podrá el acreedor hipotecario alegar insuficiencia de la garantía e impetrar el amparo del artículo 1894 del Código civil.

Hasta aquí nos hemos venido ocupando del sistema vigente en Francia, Italia y Venezuela, según el cual, por más que se entienda en la forma amplia que se acaba de acoger, es inexcusable que la insuficiencia de la garantía haya tenido actual y real verificación; pero la legislación comparada nos ofrece otro modelo a cuyo tenor no hace falta que la insuficiencia se haya producido, sino basta con que exista el peligro o racional temor de que llegue a producirse.

Así, en el Derecho alemán, de acuerdo al parágrafo 1133 del BGB, «si a consecuencia de un empeoramiento de la finca *corre peligro la seguridad de la hipoteca*, el acreedor puede señalar al propietario un plazo prudencial para el apartamiento del peligro...». La diferencia frente al sistema anterior estriba en que mientras en el ordenamiento germano, una vez producido el menoscabo del inmueble, aunque la disminución de la garantía hipotecaria que el mismo entraña no provoque su insuficiencia, el acreedor puede actuar en base a la sola consideración de que por tal acaecer corre peligro la seguridad que para la satisfacción del crédito ofrecía la hipoteca (siempre, claro está, que se acredite la realidad de tal peligro), en aquellos otros ordenamientos, según se ha visto con minuciosidad, no basta la disminución de la garantía originada por la degradación del bien hipotecado, sino que hace falta, además, que la disminución sea de tal entidad que la hipoteca haya devenido actual y efectivamente insuficiente para la seguridad del acreedor. La separación es neta, mientras en un régimen basta el peligro de perjuicio para el acreedor, en el otro se precisa la consumación de dicho peligro. En este último sistema, expone MORENO QUESADA, parece como si el deterioro de la finca en sí mismo dejase de interesar; lo que ha de tenerse en cuenta es la disminución de valor que en ella se ha producido y el que pueda llegar a alcanzar un determinado *quantum*. «De todas maneras—concluye—, debe tenerse presente que, según ello, esta cuantía que precisa el daño es variable y dependerá del monto de la garantía que proporciona, de tal manera que puede pensarse sería indiferente a estos efectos el que se produzca si no lo es de la entidad necesaria para temer que provoque la insuficiencia de la hipoteca» (89).

Tampoco el Derecho español ha seguido la tónica dominante en este punto en los ordenamientos civiles latinos, consistente, como se sabe, en exigir para que proceda la protección del acreedor hipotecario el requisito de la insuficiencia de la garantía. En el Proyecto de Código civil de 1851, el modelo francés sobre la materia se quebró en un doble sentido: primeramente, porque, frente a lo que ocurría en el *Code*, es un único precepto, e incurriendo GARCÍA GOYENA en la defectuosa interpretación que caracteriza a la doctrina francesa, recogía la doble hipótesis del deterioro debido a culpa del deudor y del deterioro fortuito de la cosa gravada, con las consabidas consecuencias jurídicas según se trate de uno u otro caso (art. 1796), y en segundo término, porque la aplicación de la norma no estaba subordinada, cual es corriente en los Códigos inspirados en el prototipo galo, a una determinada entidad del

(89) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 567-568.

deterioro sufrido por la cosa, sino que procedía aunque la disminución acarreada por el menoscabo no hubiese tornado insuficiente la garantía hipotecaria para la seguridad del acreedor.

Esta misma orientación se ha conservado en el Derecho hispano actual; así, de acuerdo al artículo 117 de la Ley Hipotecaria vigente (de 8 de febrero de 1946), «cuando la finca hipotecada se deteriorase, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y *fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca*, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño...».

Al comentar semejante precepto, los autores españoles suelen señalar que para que proceda el ejercicio de la acción en el mismo recogida (acción de devastación) no basta con que la finca hipotecada sufra un deterioro y con que, por razón de éste, disminuya su valor, sino que hace falta, además, que en base a tales circunstancias se produzca un fundado temor de que la hipoteca resulte insuficiente. «Por tanto —escribe GUILARTE ZAPATERO—, para el éxito de esta acción no basta con que se produzca un deterioro, ni tampoco una disminución en el valor de la finca, sino que parece, dada la redacción del precepto, que lo que adquiere relevancia decisiva es la existencia de un fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca» (90).

La diferencia entre el sistema español y el instaurado por el Código francés (aceptado en el Derecho venezolano) es manifiesta. Frente a lo que sucede en este último, en aquél no se precisa de la insuficiencia actual y efectiva de la hipoteca, sino que basta con el racional o fundado temor de dicha insuficiencia; es decir, que a diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, en el que no es suficiente con la simple disminución de la garantía hipotecaria (consecuencia del deterioro de la cosa gravada), pues se requiere, además, que la disminución sea de magnitud suficiente como para ocasionar la insuficiencia de aquélla, en el ordenamiento español el mero debilitamiento de la hipoteca permite al acreedor acogerse al mecanismo de protección por más que no se acredite la insuficiencia de la garantía, ya que a tal efecto basta con que resulte fundado «el temor de que sea insuficiente la hipoteca». Ahora bien: una cosa es el temor de insuficiencia, por muy fundado que sea, y otra la insuficiencia misma, pues en base al primero el acreedor puede

(90) GUILARTE ZAPATERO: *La segunda hipoteca en el Derecho español*. Barcelona, 1966, pág. 178.

actuar aunque la garantía hipotecaria le brinde todavía adecuada seguridad, si cree con fundamento que tal seguridad le puede llegar a faltar (insuficiencia potencial), mientras que, en razón de la segunda, el acreedor queda circunscrito en su actuación al caso de efectiva falta de seguridad de su derecho (insuficiencia actual). Es más: el régimen español parecería orientado de manera fundamental a proteger a los acreedores hipotecarios contra el peligro de que la hipoteca llegue a resultar escasa (aunque *a fortiori* se aplicará también cuando tal peligro se haya materializado), contrastando con lo que ocurre en los regímenes que siguen el modelo francés, en los que la tutela del acreedor tan sólo tiene lugar cuando el mismo esté sufriendo los rigores de la sobrevenida insuficiencia.

Prueba de lo dicho la encontramos en que el transcrito artículo 117 de la Ley Hipotecaria española ordena al juez, cuando se dé el supuesto de hecho por el mismo previsto, dictar providencia «mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para *evitar* o remediar el daño». En efecto, habida cuenta de que el «daño» a que se refiere el precepto hace relación a la garantía hipotecaria (y no a la cosa gravada, con la que se relaciona la idea de deterioro), y que procede tomar medidas no sólo para remediarlo, sino incluso para evitarlo, es evidente que en el sistema hispano el acreedor se encuentra protegido aunque la garantía hipotecaria no haya determinado todavía su insuficiencia (por lo demás, contra el parecer de ROCA SASTRE, creemos que no hay obstáculo alguno; antes bien, conveniencia, y aun necesidad, para que entre las medidas a adoptarse se incluya la de que el propietario dé un suplemento de hipoteca) (91).

Sólo se puede evitar lo que no se ha producido todavía, y, en consecuencia, cuando la Ley española permite actuar aunque el daño no se haya materializado está admitiendo también que, de acuerdo al sistema instaurado por la misma, no hace falta necesariamente que la garantía hipotecaria no alcance a cubrir el derecho del acreedor o que se haya roto la primitiva proporción entre el crédito y el valor de la cosa gravada, sino que basta con que aquélla haya experimentado disminución, siempre, claro está, que tal disminución sea apta para justificar el temor de que la hipoteca llegue a ser insuficiente. La exactitud de estas aseveraciones se refuerza si se tiene en cuenta que el «daño» a evitar o remediar de que habla el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española debe referirse por necesidad a la insuficiencia de la garantía hipotecaria, única forma de que pueda hablarse con propiedad de prevenir o evitar, pues el daño (deterioro) a la finca hipotecada y el daño obje-

(91) ROCA SASTRE, ob. cit., IV-2.º, pág. 954.

tivo a la garantía (disminución de la misma) deben ser actuales para que pueda ejercitarse la acción de devastación, y si imprescindiblemente se deben haber producido ya (en cuanto constituyen parte del supuesto de hecho del mencionado artículo), podrán remediarse o repararse, pero nunca prevenirse o evitarse (el artículo en cuestión presupone que la finca hipotecada se haya deteriorado, disminuyendo el valor).

¿Cuál de los dos sistemas en contraste es preferible? MORENO QUESADA cree que la solución a acogerse deberá estar en función de la naturaleza que se atribuya a la acción de devastación: si ésta tiene una finalidad conservativa de la cosa o bien conservativa de la garantía; la primera actitud encontraría su respaldo en la presunta voluntad de las partes, que han querido establecer como garantía precisamente toda, aunque sólo la cosa, por lo que cualquier alteración en la misma debe ser evitada, con independencia de que afecte o no, y en qué medida, el desempeño de su finalidad garantizadora; en cambio, si se atiende a su función objetiva de garantía, la conservación habrá que referirla primordialmente a ésta y no a la cosa que la sirve, por lo que la integridad y el valor de ésta sólo repercutirá en aquélla cuando la haga insuficiente, cuando su valor de realización no alcance a cubrir el importe de lo garantizado. El es de la opinión que la acción de devastación constituye un remedio destinado a conservar la integridad material de la finca hipotecada; en efecto, estima que la defensa del crédito hipotecario está integrada por los medios tendentes a proteger cada uno de los tres elementos que lo forman: el crédito garantizado, la garantía (real) del crédito y la cosa que sirve de garantía: «Cada uno de estos elementos —escribe—, lo mismo que conceptualmente pueden diferenciarse, deberán serlo también en cuanto a los medios de defensa: 1) el crédito con los que son habituales en todos y con los específicos que se derivan de serlo con garantía real (p. ej., art. 1129, 3.º del C. c. español); 2) la garantía por los aptos para mantener su suficiencia para el fin aseguratorio (tal, p. ej., frente a los llamados deterioros jurídicos—art. 219, 3.º del Regl. Hip.—que afectan a la cosa en cuanto garantía, pero que no necesariamente han de repercutir sobre su integridad material), y 3) la cosa, con los tendentes a mantenerla en el estado en que se encontraba en el momento de adscribirse a la garantía del crédito, pues su conservación en aquellas condiciones, su incolumidad, es lo que se comprometió por su titular con esos fines de aseguramiento (tal la acción de devastación del art. 117 de la L. H.) (92).

No estamos de acuerdo con estos planteamientos. El derecho real de hipoteca es un derecho de vinculación y realización del valor en

(92) MORENO QUESADA, loc. cit., págs. 569-570.

cambio de la cosa gravada en función de garantía del cumplimiento de la obligación garantida, y, por tanto, aunque su objeto sea la cosa misma, las acciones al mismo otorgadas por la ley deben contemplar de manera fundamental esa función de garantía, esa finalidad de aseguramiento que a la hipoteca caracteriza y da fisonomía. No creemos, pues, que la llamada acción de devastación tenga por fin la conservación de la cosa, sino la conservación de la garantía, por más que, como es natural, para cuidar de manera adecuada a ésta haya de tenerse presente en todo momento el estado físico de aquélla en cuanto constituye el soporte u objeto material de la garantía; lo contrario equivaldría a tener que admitir que constituyendo la hipoteca una garantía la acción que la tutela puede actuarse cuando se haya dañado la cosa gravada, aunque semejante daño no haga insuficiente la garantía. Esto, que es lo que sanciona el ordenamiento español (solución con la que se identifica MORENO QUESADA), constituye, desde el punto de vista dogmático, algo inaceptable, pues dada la función que tiene y cumple el derecho real de hipoteca es evidente que el acreedor garantizado no debe estar legitimado para actuar mientras el bien objeto de la garantía continúe siendo suficiente para satisfacer su derecho (en el sentido que antes se ha advertido de que debe respetarse el margen de exceso, del valor de la cosa en relación al crédito, querido por las partes), supuesto en el que la garantía hipotecaria no ha sufrido verdadero y propio quebranto y que, por ende, no amerita protección.

En efecto, cuando la cosa gravada se deteriora y la garantía disminuye, pero sin resultar insuficiente, el derecho del acreedor, su seguridad o garantía, no ha resultado dañado, y si no hay daño no debe poder actuar, ya que su posición jurídica no ha sido afectada. Si se admite, como hace el Derecho español, que en tal caso el acreedor puede intervenir para evitar el daño (la insuficiencia), necesariamente la acción deja de hacer referencia a la garantía hipotecaria y pasa a referirse a la cosa gravada, con lo que se la desenfoca y, en buena medida, se la desnaturaliza. Frente a lo que piensa MORENO QUESADA, en la entidad crédito hipotecario no entran tres elementos (crédito, garantía y cosa), sino tan sólo dos (el crédito y su garantía real), y, por tanto, su defensa se circunscribe a otorgar al acreedor hipotecario tutela adecuada en orden a lo único que le corresponde: el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca. La cosa constituye el soporte u objeto de la garantía (no sirve de garantía, como incorrectamente dice el autor señalado), y sus alteraciones físicas y disminuciones de valor serán de todo punto intrascendentes (en el plano teórico, se entiende) para la

hipoteca en tanto no revistan entidad relevante como para afectar su función, esto es, en tanto en cuanto no determinen la insuficiencia de la garantía hipotecaria, único caso en que la garantía deja de ser tal.

La acción con que cuenta el acreedor hipotecario es una acción orientada a la conservación de la garantía que le pertenece; del hecho de que el objeto de esta garantía, en cuanto constituye un derecho real, consista en una cosa no puede derivarse que le corresponda, asimismo, acción destinada a conservar la integridad material de la misma, porque ello equivaldría a cambiar la función y finalidad de su derecho. Sólo cuando la garantía resulte afectada en sí misma, es decir, cuando se haga insuficiente y deje de ser «garantía», podrá el acreedor demandar protección; antes, por más que la cosa haya resultado menoscabada, su situación jurídica se mantiene incólume.

En atención a lo que se ha expuesto es evidente que para nosotros, desde el punto de vista de los principios, de la naturaleza y función de la hipoteca y de la recta conformación de la tutela que precisa el acreedor hipotecario, es más correcto el régimen instaurado por el Código francés, y seguido por el venezolano, entre otros, de que la conservación de la garantía hipotecaria sólo procede cuando la misma se haya vuelto insuficiente para la satisfacción del crédito asegurado. El sistema establecido por la Ley Hipotecaria española de permitir actuar al acreedor cuando la insuficiencia o escasez de la garantía todavía no se haya producido, y al objeto de evitarla, tropieza con obstáculos que teóricamente son insalvables.

En efecto, la defensa de la garantía hipotecaria puede contemplarse en dos momentos distintos: cuando la cosa objeto de la misma no ha sufrido todavía deterioro y cuando éste ya se ha producido; en el primer caso, el ordenamiento jurídico busca evitar el perjuicio de la garantía (recurso preventivo); en el segundo, subsanar el perjuicio ya acaecido (recurso reparatorio). Pues bien: cuando el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española subordina la acción del acreedor al deterioro de la cosa, es obvio que no está contemplando la protección del mismo en la primera de las situaciones señaladas, sino en la segunda, y si contempla esta segunda, la protección correspondiente sólo será procedente, según se ha desarrollado con anterioridad, cuando la garantía hipotecaria resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, ya que es esta la única hipótesis en que tiene sentido y justificación la tutela de la garantía disminuida.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil venezolano (igual que los preceptos extranjeros que le sirvieron de modelo) está subordinada al hecho de que la garantía hipotecaria haya resultado insuficiente.

Ahora bien: semejante insuficiencia, ¿deberá ser necesariamente sobrevenida, o permitirá actuar también cuando ya se diese para el momento de la constitución de las garantías?

De la letra de los artículos que recogen la figura parece no derivarse duda alguna acerca de que la insuficiencia debe ser posterior al nacimiento de la hipoteca; asimismo, la *ratio* de los preceptos inclina por necesidad en esta dirección. Como tantas veces se ha repetido, la normativa en estudio persigue la protección del acreedor hipotecario ante la circunstancia de que ha experimentado un debilitamiento en la seguridad de su derecho, y es explicable que así sea, porque ¿sería razonable que la ley acudiese en auxilio de quien habiéndose conformado *ab initio* con una hipoteca insuficiente decida con posterioridad rebelarse contra la situación que él ayudó a generar y aceptó quietamente? ¿Es justo que quien, habiendo aceptado del deudor una garantía real que no le brinda entera seguridad, sorprenda después a éste con el reclamo de la insuficiencia? Evidentes razones de justicia, convenientes motivos de prevenir la actuación dolosa del acreedor, imponen que la falta de suficiencia de la garantía hipotecaria debe surgir con posterioridad al instante en que fue constituida, como una incidencia sobrevenida en su existencia.

En este punto la doctrina se ha pronunciado siempre en forma unánime: En el artículo 2131 (del Código francés) el legislador supone que en el momento de la convención el deudor ha dado bienes suficientes para la garantía de sus acreedores hipotecarios, pero que esta garantía ha resultado insuficiente, ya porque los bienes hipotecados han perecido, ya porque han experimentado degradaciones (TROPLONG) (93); los acreedores hipotecarios sólo pueden reclamar cuando la insuficiencia de la garantía surge después de la constitución de su hipoteca: de acuerdo al artículo 2131 no hay ninguna inejecución del compromiso del deudor mientras los bienes permanezcan en el mismo estado en que se hallaban al crearse la hipoteca; es en este momento cuando el acreedor debe considerar la entidad de las seguridades que estima necesarias (GUILLOUARD) (94); el acreedor no será admitido a invocar la disposición del artículo 2131, bajo el pretexto de la insuficiencia de las garantías hipotecarias, si esta insuficiencia ya existía en el momento de la constitución de la hipoteca (AUBRY y RAU) (95); hace falta que las seguridades reales devengan insuficientes después de la formación del contrato hipotecario: si en el origen se acepta una hipoteca sobre un

(93) TROPLONG, ob. cit., II, 385.

(94) GUILLOUARD, ob. cit., III, pág. 494.

(95) AUBRY y RAU, ob. cit., III, pág. 589.

inmueble cuyo valor es inferior al monto de la acreencia para cuya seguridad ha sido estipulada, nada se puede reclamar, pues la situación ha quedado conformada tal como se quiso que fuese (PONT) (96); se precisa que las garantías se hagan insuficientes después de la perfección del contrato hipotecario: si eran insuficientes para el momento de la constitución de la hipoteca, el acreedor no podrá invocar ni el artículo 1188 ni el artículo 2131, pues a nadie sino a sí mismo debe inculpar de la insuficiencia de las garantías estipuladas; lo contrario equivaldría a poner en sus manos un arma para disolver un contrato libremente consentido o para modificar sus cláusulas; si fue engañado, si creyó que las garantías eran suficientes, cuando en realidad eran insuficientes, a él corresponde soportar las consecuencias de su negligencia, pues le era fácil informarse sobre el valor exacto de los inmuebles ofrecidos en garantía (BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES) (97); con más razón, el acreedor no tiene acción cuando la insuficiencia existía ya cuando el contrato; el texto es tan terminante, que parece que toda duda es imposible; es necesario, según el artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga, que los inmuebles hayan sufrido deterioros, y no se puede seguramente decir que unos inmuebles ya deteriorados en el momento del gravamen hipotecario sufren después deterioros; la ley agrega que a consecuencia de estos deterioros los inmuebles se hayan vuelto insuficientes para la seguridad del acreedor, lo que implica que la causa debe ser posterior al contrato; si el acreedor se conforma con una hipoteca insuficiente, ¿de qué puede quejarse?, ¿de una insuficiencia que conocía?, ¿que debió conocer?; ello no tiene sentido (LAURENT) (98); es preciso que las garantías primitivas se hayan hecho insuficientes con posterioridad a la constitución de la hipoteca; el artículo 2131 no es aplicable al caso en que la garantía hipotecaria era ya insuficiencia al tiempo del contrato (PLANIOL y RIPERT) (99), etc.

A esta uniformidad de pareceres entre los autores franceses debió contribuir en buena medida una célebre sentencia de la Corte de Riom, de 24 de agosto de 1810, que suscitó agudas críticas por parte de los primeros comentaristas galos que se ocuparon del tema en consideración. El caso en el que se dictó la sentencia aludida fue el siguiente: Dos deudores se obligaron solidariamente con hipoteca sobre ciertos inmuebles que estaban ya hipotecados a otros acreedores, pero que los deudores no habían dado como libres, de manera que no había estelionato, sino simplemente disimulación; practicada la inscripción, el

(96) PONT, ob. cit., II, págs. 88-89.

(97) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, pág. 491.

(98) LAURENT, ob. cit., pág. 509.

(99) PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

acreedor considera que el hecho de estar precedido por otros no le va a permitir concurrir en grado útil y cree poder demandar su reembolso al instante invocando los artículos 1188 y 2131 del Código civil. Los deudores responden que según estos artículos el acreedor no puede demandar el reembolso antes del vencimiento del plazo sino en dos casos: 1) si el deudor fallece, 2) cuando, después del contrato, el deudor ha disminuido con sus actos las cautelas dadas o los inmuebles han perecido o han sufrido deterioros que los hacen insuficientes para la seguridad del acreedor; añadian que en el caso en litigio no puede alegarse que el acreedor conoció después de la celebración del contrato que las seguridades eran insuficientes, pues el mismo debió aceptar si conocía tal insuficiencia, y si no la conocía tomar las precauciones adecuadas para conocerla. Si se ha conformado con garantías que no eran bastantes no puede por este solo motivo pedir el pago cuando venga a descubrir su error.

Pues bien: la sentencia del Tribunal de Riom no concedió el reembolso «en atención a que habiendo el Código civil establecido los casos en que se puede demandar el reembolso, y no hallándose el actor en ninguno de ellos, su demanda a tal respecto está mal fundada». Apelada esta sentencia, es revocada en los siguientes términos por la Corte de Riom: «Considerando la insuficiencia, cuando menos, muy aparente de la hipoteca, y que los intimados convinieron en dar una garantía bastante para la seguridad del crédito; considerando que dichos intimados no ofrecen algún suplemento de hipoteca, se declara que se ha juzgado malamente...» (100).

Impugnando este fallo, DURANTON señalaba que del mismo surgía la doctrina de que si en razón de la poca importancia del valor de los bienes hipotecados las cautelas resultaban insuficientes, el acreedor podía exigir al instante su reembolso, lo que, en opinión del gran comentarista, constituía un contrariar las estipulaciones del contrato; en su sentir, la decisión de la Corte de Riom ordenó el reembolso fuera de los casos previstos por el Código, y, en consecuencia, violó las estipulaciones del contrato (101).

Por su parte, PONT también estimaba que la decisión fue manifiestamente errónea, ya que cuando la insuficiencia es descubierta por el acreedor después de la formación del contrato, él debe soportar el hecho de que la insuficiencia ya existiera para el momento en que el contrato se concluyó, por lo que se le debe negar todo recurso. El pensamiento contrario que parece derivarse de la sentencia atacada, con-

(100) DURANTON, ob. cit., X, págs. 362-363.

(101) *Ibíd.*, pág. 363.

sidera PONT, está excluido por los términos mismos del artículo 2131, que habla de que los inmuebles sujetos a hipoteca hubiesen perecido o experimentado degradaciones de manera que se hubieran vuelto insuficientes, lo que indica claramente que la condición a que está subordinado el ejercicio de la acción ofrecida al acreedor es la insuficiencia sobrevinida después de la formación del contrato hipotecario (102).

Y es claro que así sea. Cuando en el momento de su constitución la garantía hipotecaria ya es insuficiente puede ocurrir que el acreedor conozca esta circunstancia o que la ignore; en el primer caso, el hecho mismo de que se concluya el contrato hipotecario constituye manifestación inequívoca e insoslayable de que el acreedor acepta una garantía real que no alcanza a cubrir adecuadamente su derecho, y, por tanto, cualquier reclamación futura con base a algo que conoció y admitió le debe ser negada aunque sólo fuera en virtud del respeto debido a la *lex contractus* y del principio de que nadie puede ir en forma válida contra sus propios actos; en el segundo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el desconocimiento de la insuficiencia inicial debe ser tratado de la misma manera que la acaecida con posterioridad, esta impresión se desvanece fácilmente si se tiene en cuenta que en materia hipotecaria la publicidad que le es ínsita y lo fácil que resulta averiguar el valor aproximado de los inmuebles y, por ende, su capacidad de cobertura crediticia, hacen que cualquier ignorancia al respecto por parte del acreedor a él tan sólo sea imputable y no sea posible desviarla en perjuicio del deudor. En consecuencia, sólo la insuficiencia sobrevinida después de la constitución de la garantía hipotecaria legitimará al acreedor para poner en funcionamiento el mecanismo de tuición instaurado por el artículo 1894 del Código civil.

A esta conclusión debe arribarse no sólo porque así lo exige la interpretación racional y el texto mismo del precepto, sino también porque admitir lo contrario supondría una contradicción neta con los presupuestos de él. En efecto, tal como se ha tenido ocasión de ver a lo largo de este trabajo, la aplicación del artículo 1894 está subordinada al hecho de que la disminución de la garantía sea consecuencia del daño o deterioro (de uno u otro tipo) experimentado por la cosa hipotecada; ahora bien, si se considerase que hay que tomar en cuenta también la insuficiencia hipotecaria inicial, ello no cambiaría el supuesto de hecho del artículo 1894, por lo que de manera necesaria habría que considerar que semejante acaecer se debe haber producido por el menoscabo de la cosa gravada. Esto nos llevaría a tener que aceptar también que una garantía se puede disminuir antes de nacer y que

(102) PONT, ob. cit., II, pág. 89.

tal disminución se ha ocasionado por la degradación de una cosa que todavía no está gravada, que todavía no constituye el objeto del derecho real de hipoteca: sencillamente una *contradictio in terminis*. La estructura del precepto impone de manera ineluctable que en cuanto la insuficiencia de la garantía debe ser fruto del deterioro sufrido por el bien por ella gravado, sólo cabe tomar en consideración aquella insuficiencia que se ha producido tras la constitución de la hipoteca, so pena de incurrir en el absurdo de que una garantía puede verse afectada, en lo que respecta a su suficiencia o insuficiencia, por hechos ocurridos con anterioridad a su nacimiento jurídico.

La insuficiencia de la garantía debe ser, pues, sobrevenida para que el acreedor hipotecario pueda acogerse al régimen previsto en el artículo 1894 del Código civil; la ley contempla, en efecto, la hipótesis de que siendo suficientes los bienes hipotecados en el momento de la constitución de la garantía se hacen después insuficientes por razón del deterioro sufrido. Pero puede suceder que siendo *ab initio* inadecuada la garantía, con posterioridad, en virtud de los daños experimentados por la cosa, el margen existente entre el crédito y el valor de ésta se aumenta, esto es, la insuficiencia se haga mayor y más palmaria; ¿podrá en esta hipótesis acudir el acreedor hipotecario a los remedios que brinda el artículo 1894 en estudio? La doctrina no se ha planteado esta situación.

A nosotros la contestación afirmativa nos parece lógica y justa. El hecho de que un acreedor acepte una garantía insuficiente no significa, ni mucho menos, que al mismo le sea indiferente el valor de la cosa y que no tenga interés en que la debilidad relativa de su garantía se mantenga en los mismos términos que se dieron en su nacimiento. Rectamente miradas las cosas, si el acreedor puede acogerse al artículo 1894 cuando la garantía otrora suficiente devino insuficiente, no se ve cuál pueda ser la razón que excluya similar actuación cuando lo único que ha ocurrido es la agravación de una insuficiencia inicial; la letra de la ley sin duda que contempla tan sólo la primera hipótesis, que es la normal y más importante; pero tampoco puede caber duda alguna de que los motivos que la fundamentan se dan en forma por completo similar en la segunda. Es más: ni siquiera hace falta para esta inclusión recurrir a la ayuda de la analogía, ya que en cuanto la norma tiene por finalidad la protección del acreedor contra las disminuciones que experimente en sus garantías, es claro que en la *mens legis* se incluyan tanto uno como otro supuesto, por lo que la simple interpretación extensiva repretinará la fórmula legal a los exactos términos en que debe ser entendida y aplicada.

Obsérvese, por otra parte, que esto se armoniza perfectamente con lo que antes se señalaba a propósito de la forma en que ha de manejarse el requisito de la insuficiencia, y, en cierta medida, constituye su desarrollo lógico. Se decía que para la aplicación del artículo 1894 del Código civil no hace falta que la insuficiencia sea absoluta, sino que basta con que entre el valor de la cosa dada en garantía y el importe del crédito garantizado se haya roto la proporción o margen, que las partes quisieron o impusieron, por causa del deterioro sufrido por el bien hipotecado; mas si esto es así, ¿no es del todo natural que proceda idéntica solución cuando por una agravación de la insuficiencia se ha roto asimismo la proporción que originariamente existía entre el crédito y una garantía que no alcanzaba a cubrirlo? Si al acreedor hipotecario se le concede acción cuando tan sólo ha tenido lugar la desaparición del margen de exceso a su favor existente, con mayor razón se le debe permitir actuar cuando el desequilibrio se presenta dentro de una situación de insuficiencia originaria, porque sin duda su condición en ésta es más grave y digna de tutela que en aquélla.

Consideramos, en definitiva, que por la circunstancia de que el mecanismo en estudio exija para su actuación que la garantía se haya hecho insuficiente cuando en su origen era suficiente, no cabe derivar que si para el momento de su constitución ya era inadecuada el acreedor carezca de protección caso de que esta situación se agrave o acreciente, porque una cosa es que la insuficiencia no deba tomarse en consideración cuando la garantía ya lo era al tiempo de su establecimiento, y otra muy diferente, y en forma alguna deducible del sentido y fin del precepto, que la posterior agravación de la misma sea intrascendente para el acreedor. A fin de cuenta, si el artículo 1894 encuentra su justificación última en la consideración de que el acreedor no habría contratado en base a una hipoteca como la que resulta tras la disminución de la primitiva, es evidente que lo mismo sucede cuando una hipoteca insuficiente en su origen aumenta la insuficiencia por deterioros posteriores a su constitución; tampoco aquí el contrato habría tenido lugar. El precepto en cuestión lo único que prohíbe es que en base a la insuficiencia existente para el momento de la conclusión del contrato hipotecario el acreedor pueda actuar, pero no excluye, ni podría excluir, la posibilidad de actuación en base a un debilitamiento futuro de la garantía que ya era inadecuada cuando fue constituida; sostener lo contrario debería implicar, para ser consecuentes con el hecho de que lo que es en sustancia igual se trata jurídicamente en forma diferente, que se adopta la postura de negar que sea posible crear

una hipoteca que ya en el momento de su nacimiento resulte insuficiente para la seguridad del acreedor, y esto no es fácil que alguien se atreva a patrocinar.

Como señalábamos, la doctrina científica no se ha planteado este punto de la agravación de la insuficiencia, quizá por un respeto excesivo en la literalidad de la norma que en forma expresa tan sólo contempla la hipótesis de garantía bastante; únicamente en LAURENT se encuentra una referencia indirecta, que permite, no obstante, llegar a la misma conclusión que más arriba se ha defendido. El gran clásico belga critica la célebre decisión de la Corte de Riom, por haber resuelto que «el acreedor podía exigir el reembolso por falta de suficiente seguridad en un caso en que esta insuficiencia existía desde el principio y que no había aumentado durante el contrato» (103); de lo que resulta que, en su opinión, el reembolso ordenado hubiera sido precedente no sólo cuando la insuficiencia no existiese en el comienzo de la vida hipotecaria, también cuando la insuficiencia inicial de la garantía se hubiese aumentado a lo largo de las vicisitudes del contrato de hipoteca.

La aplicación del artículo 1894 del Código civil requiere, finalmente, que la insuficiencia de la garantía hipotecaria haya tenido lugar antes del vencimiento del plazo a que estuviese sometida la obligación asegurada. El mecanismo de defensa en estudio permite al acreedor exigir el cumplimiento inmediato de la obligación caso de no obtener un adecuado suplemento de hipoteca, por lo que resulta evidente que su operabilidad sólo tiene sentido cuando el término aún no se ha vencido. Tras el vencimiento del plazo, el deudor no tiene más que un solo deber: ejecutar la prestación prometida, y, desde luego, no está facultado para evitar semejante consecuencia mediante el ofrecimiento de un complemento hipotecario o de nuevas garantías; él no puede constreñir al acreedor a que acepte la garantía complementaria que le ofrece para paliar la insuficiencia de la primitivamente otorgada. En el supuesto de vencimiento previo del plazo o de obligación no sometida a término, el hecho de que exista garantía hipotecaria y la circunstancia de que ésta se haya debilitado son por completo intrascendentes e inocuos; tal situación no incide en nada sobre la inmediata e indetenible exigibilidad de la deuda, tal como ocurre cuando no existe garantía alguna de la misma; por tanto, una vez exigible la deuda hipotecaria, si el deudor se niega a satisfacerla, el acreedor podrá perseguir el cumplimiento por todas las vías de Derecho, y mediante la obtención de la oportuna sen-

(103) LAURENT, ob. cit., XXX, pág. 509.

tencia condenatoria vendrá dotado al respecto de la garantía de una hipoteca judicial (104).

En vista a esto se observará que cuando el artículo 1894 del Código civil venezolano dispone que el acreedor, caso de no obtener suplemento de hipoteca, tendrá derecho al pago de su acreencia, «aunque el plazo no esté vencido», queriendo aclarar los términos con esta locución, incurre en un flagrante e imperdonable error e incluso, si el dispositivo legal fuera a entenderse de acuerdo a su tenor literal y lógica interna, conduce al absurdo.

En efecto, la admisión a la letra de la antedicha expresión daría lugar a las siguientes consecuencias: a) si el deudor puede diferir el pago ofreciendo al acreedor su suplemento de hipoteca, *aunque el plazo no esté vencido*, ello significa que de análoga facultad debería gozar el obligado cuando el vencimiento se haya producido ya y tenga lugar la insuficiencia de la garantía hipotecaria, lo que, a no dudar, constituye algo inaceptable; b) el acreedor, vencido el plazo, necesita, si la hipoteca se ha hecho insuficiente, reclamar un complemento de la misma para poder exigir al deudor el cumplimiento de la obligación garantizada, cosa por demás extravagante, y c) como natural colofón, la situación del acreedor a cuyo favor exista hipoteca es peor que la del acreedor sin garantía en lo que respecta a la exigibilidad de su crédito, circunstancia carente por completo de sentido, pues la existencia o no del gravamen hipotecario para nada incide en el cumplimiento de las obligaciones.

El aditamento en cuestión, que no aparece en los correspondientes artículos de los Códigos francés e italiano que sirvieron de modelo, introduce un elemento de confusión y anarquía en el mecanismo previsto en el artículo 1894 e incluso, como se acaba de ver, podría suponer la invalidación del mismo si se entendiera y llevara hasta sus últimas consecuencias, porque es inadmisibles que en base a él haya que aceptar que, vencida una obligación, pueda en alguna forma el deudor detener o diferir su cumplimiento. Por ello no es que, acaecida la insuficiencia de la hipoteca, pueda el acreedor exigir el pago, *aunque* el plazo no esté vencido, sino *siempre* o *cundo* el plazo no esté vencido, porque si está vencido es obvio que de manera alguna, si no se quiere trastocar principios básicos de la teoría general de las obligaciones, puede entrar a jugar el régimen establecido por el precepto en consideración. Mas como esto último es evidente y se impone por la fuerza misma de la

(104) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, ob. cit., II, pág. 487; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., XII, pág. 412.

realidad de las cosas, no hace falta decirlo; en consecuencia, la locución aludida, aun en este último sentido, es innecesaria, improcedente y reiterante.

Podría también considerarse que cuando se produce la insuficiencia de la garantía hipotecaria en la forma prevista por el artículo 1894 del Código, la ley, al objeto de tutelar al acreedor, dispone el vencimiento del término, pero aunque se aceptara esta interpretación continuaría siendo evidente que el debilitamiento de la hipoteca debe haberse producido antes que la deuda garantizada se haya hecho exigible (ya que si el plazo se ha vencido en forma natural no hay necesidad de recurrir a un ficticio vencimiento *ex lege*) y que la expresión *aunque el plazo no esté vencido*, con que se cierra el referido precepto, es conflictiva e innecesaria, pues estaría en contradicción con el punto de partida mismo de esta forma de enfocar el mecanismo que se considera. La realidad es que cuando la ley permite reclamar el cumplimiento de una obligación con plazo pendiente debe considerarse necesariamente que la propia norma ha provocado la consumación del término (caducencia del término), porque si no nos encontraríamos con el absurdo de que un derecho de crédito es reclamable no obstante no ser exigible, y, en consecuencia, de acuerdo a estas consideraciones de lógica jurídica elemental, es palmario que la locución *aunque el plazo no esté vencido* supone una contradicción y es inútil (cuando una obligación a término se puede exigir es porque el plazo, natural o legalmente, se ha vencido). Ello nos patentiza, asimismo, por otro camino, que de manera necesaria la actuación del artículo 1894 precisa que la insuficiencia de la garantía acaezca antes del vencimiento natural de la obligación asegurada, pues es tal circunstancia la que anticipa el momento de la exigibilidad del crédito, mientras que este efecto carece de sentido cuando la acreencia es ya susceptible de realización por desaparición normal del plazo; aparte de que en esta última hipótesis el ejercicio del derecho del acreedor no cabe someterlo a ninguna condición (como sería el reclamo previo de un suplemento de hipoteca), pues la ley no le está concediendo beneficio ni favor de clase alguna.

Finalmente, el determinar y saber si la garantía hipotecaria se ha hecho insuficiente constituye una cuestión de puro hecho, y, por tanto, caso de que no exista acuerdo al respecto entre las partes interesadas, deberá recurrirse a una experticia, al objeto de que los peritos procedan a evaluar el bien hipotecado, y el juez decidirá en consecuencia.

ANGEL CRISTÓBAL-MONTES,
Profesor de las Universidades Central de Venezuela
y Católica "Andrés Bello" (Caracas)