

Efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria

ANGEL CRISTOBAL - MONTES

Catedrático de las Universidades Central
de Venezuela y Católica "Andrés Bello" (Caracas)

1.—*Calificación jurídica de la situación a que da lugar la insuficiencia de la garantía hipotecaria.*

Devenida insuficientemente la garantía hipotecaria por virtud de la pérdida o el deterioro de la cosa gravada, esto es, conformada la *fattispecie* o cubiertos los presupuestos de aplicación, el artículo 1.894 del Código civil venezolano establece una determinada sanción, unas concretas consecuencias jurídicas, a semejanza de lo que ocurre con similares preceptos de otros ordenamientos civiles.

Así, según el artículo 2.131 del *Code Napoléon*, el acreedor "podrá o exigir desde ese momento (el de la insuficiencia) su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca"; de acuerdo al artículo 2.743 del *Codice civile*, el acreedor "puede pedir que se le preste garantía idónea sobre otros bienes y, en su defecto, puede pedir el inmediato pago de su crédito"; a tenor del artículo 79 de la Ley Hipotecaria belga, el acreedor "tiene en este caso el derecho de reclamar el reembolso de su crédito...; sin embargo, el deudor será admitido a ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar sin su culpa"; en fin, el artículo 1.894 del Código civil venezolano dispone: "el acreedor tendrá derecho a un suplemento de hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido".

Resulta, en consecuencia, que los dos medios reparatorios previstos por el legislador para el supuesto de la desaparición o la disminución de la garantía hipotecaria constituida son: la prestación de una garantía complementaria y la pérdida para el deudor del beneficio del término. El estudio de semejantes remedios plantea interesantes cuestiones en lo que respecta al orden en que deben ser solicitados, a su naturaleza y forma de actuación; a ellas nos vamos a dedicar en las páginas que siguen.

La primera impresión que se deriva de la simple lectura de los preceptos antes transcritos es que entre el artículo del Código francés

y los artículos de los otros Cuerpos legales parece existir una diferencia en lo que respecta a la forma en que el acreedor hipotecario está legitimado para actuar una vez sufrido el daño; en efecto, mientras el artículo 2.131 del Código francés habla de que el acreedor podrá exigir el reembolso inmediato u obtener un suplemento de hipoteca, los otros preceptos subordinan la exigencia del pago al hecho de no haber obtenido del deudor una nueva garantía y, en consecuencia, parecen establecer un orden entre uno y otro tipo de reclamo.

Literalmente aceptado, el referido artículo 2.131 parece atribuir al acreedor hipotecario la elección entre las dos posibilidades que la ley le reconoce, y no debe extrañar, por tanto, que los primeros comentaristas del Código francés se inclinaron en dicha dirección. Esta solución, aunque apegada a la letra de la norma, chocaba, sin embargo, con fuertes obstáculos, tales como la dificultad de armonizarla con la general interpretación que se daba al artículo 1.188 del mismo Código a propósito de la disminución de las garantías por actos del deudor, y la circunstancia evidente de que si el artículo 2.131 venía dado para el caso de que la hipoteca se hubiese vuelto insuficiente, no resultaba lógico ni justo que el acreedor pudiese reclamar la satisfacción del crédito no obstante el restablecimiento de la garantía que le ofreciese el deudor (1). Así, Chiesi, al plantearse la duda formulada por los intérpretes de si el derecho de elegir entre el reembolso inmediato y el suplemento de hipoteca corresponde al acreedor o al deudor, consideraba que la misma debía resolverse con la siguiente distinción: O los bienes inmuebles hipotecados han perecido o se han deteriorado por culpa y hecho de deudor, o por causa independiente de éste; en el primer caso, la elección debe corresponder al acreedor en fuerza del principio general establecido por el artículo 1.188, según el cual el deudor no puede reclamar más el beneficio del término cuando por hecho propio ha disminuido las cauciones que había dado en el contrato a su acreedor; en el segundo, el deu-

(1) No obstante, todavía en nuestros días algunos autores franceses se pronuncian en el sentido de que es al acreedor a quien corresponde la facultad de elegir. Así, según COLIN y CAPITANT (*Curso elemental de Derecho civil*, V, Madrid, 1948, p. 439), cuando el acreedor se contesta con un suplemento de garantía, y los inmuebles presentes del deudor están todos ya gravados, éste puede darle hipoteca sobre sus bienes futuros; de lo que se desprende a *contrario sensu* que el acreedor puede no conformarse con el suplemento ofrecido por el deudor, no obstante, su suficiencia, esto es, que, aunque el deudor esté dispuesto a otorgar garantía complementaria, el acreedor, si así lo desea, puede exigir el pago de la deuda. También los hermanos MAZEAUD, en forma más clara y directa, afirman que cuando, por caso fortuito, algunos bienes, suficientes en el momento de la constitución de la hipoteca, han perecido o han experimentado depreciaciones tales que no garanticen ya sino insuficientemente al crédito, se le concede una opción al acreedor; puede, o bien reclamar el reembolso inmediato, por estar privado del término el deudor, o bien obtener un suplemento de hipoteca. (MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, III, 1.º, Buenos Aires, 1962, p. 354.)

dor debe tener la elección, o de pagar de inmediato la deuda, o de dar al acreedor un suplemento de hipoteca (2).

Bajo el impulso de tales consideraciones se inició en bloque un cambio de dirección hacia la tesis de que en el supuesto contemplado por el artículo 2.131 del Código civil la elección entre los medios allí previstos correspondía al deudor.

Ahora bien, como la letra del precepto no decía eso, sino que abonaba la interpretación contraria, se explica que la civilística francesa se preocupase por encontrar una explicación suficiente y apta al cambio de dirección que se deseaba e imponía.

La explicación recién apuntada de Chiesi de distinguir, para otorgar la elección al acreedor o al deudor, si la cosa gravada se ha deteriorado por culpa del deudor o por caso fortuito, que armonizaba con su opinión, realmente atinada, de que el artículo 2.131 del Código francés no distingue si los inmuebles hipotecados perecieron o se deterioraron por caso fortuito o por culpa del deudor (3), no podía gozar de predicamento en la doctrina francesa ortodoxa, pues ésta, como se recordará, se afiliaba (y se afilia) a la tesis de que el artículo 2.131 no puede tener aplicación cuando la disminución de la garantía ha sobrevenido por acto del deudor, caso este para el que está dictado el artículo 1.188.

Por otro lado, aunque se acepte el punto de partida de Chiesi, como nosotros hacemos, difícilmente puede acogerse su conclusión de que el *ius eligendi* oscile entre el acreedor y el deudor según cuál sea la participación de este último en relación a la disminución de garantías sobrevenida. El artículo 2.131 del Código francés, como los que con él se corresponden en los otros Códigos latinos, no da base para establecer semejante distinción, porque si bien es cierto que su silencio (y la *ratio* del precepto) permite incluir tanto el deterioro fortuito como el culpable, de ahí no cabe derivar que en un caso la facultad de optar se atribuye al deudor mientras que en el otro corresponde al acreedor. Chiesi funda su alegato de que en caso de deterioro imputable al deudor la elección ha de corresponder al acreedor en el hecho de que el artículo 1.188 establece un principio general en cuya virtud “el deudor no puede reclamar ya el beneficio del término cuando por hecho propio ha disminuido las garantías que había otorgado en el contrato a su acreedor”; si ello fuera cierto, la conclusión no debería ser la que Chiesi patrocina, sino la de que en el supuesto de deterioro por falta del deudor lo único que procede es el pago inmediato de la acreencia, ya que eso es lo que resulta de la aplicación del principio general formulado por el artículo 1.188 al caso que contempla el 2.131.

La realidad no es esa; el artículo 1.188 del Código francés (como el artículo 1.215 del Código civil venezolano) formula, en efecto, un principio general en relación a la disminución de garantías sufrida

(2) CHIESI, *Il sistema ipotecario illustrato*, III, Florencia, 1855, p. 485.

(3) *Ibid.*

por el acreedor, pero a su vez, el artículo 2.131 (como el 1.894 del Código de Venezuela) prevé un régimen especial par el caso de que la garantía venida a menos sea precisamente la hipotecaria, y eso siempre que se den precisas y rigurosas condiciones por lo que respecta a la causa de la disminución y a la entidad del perjuicio experimentado por el acreedor, cosa que, desde luego, no sucede en relación a la situación que contempla el genérico precepto que impone la pérdida del beneficio del término para el deudor. Pues bien, en uno y otro caso, el hecho de que el daño acaecido se deba a la culpa del deudor o sea fortuito, es, en principio, intrascendente porque la norma no está dictada como sanción contra el obligado, sino para tutela y protección de los derechos del acreedor que obtuvo una determinada garantía (que posiblemente fue la razón concluyente que le llevó a cerrar la negociación) y ahora la ve reducirse, minusvalorarse; por tanto, en relación al concreto campo a que se contrae el artículo 2.131 es palmario, por más que el mismo abarque tanto la insuficiencia casual como la provocada, que no cabe formular ninguna distinción en orden a atribuir al acreedor la elección entre los recursos en juego en unos casos y en otros reservar para el deudor semejante posibilidad de escongenia. Por otro camino deberá buscarse, pues, la aplicación y justificación de la nueva y dominante tesis (en la doctrina francesa del siglo pasado y en el actual) de que es al deudor a quien corresponde elegir entre, conceder una nueva garantía y proceder al pago inmediato de su débito.

El mismo Chiesi citado sostenía que en el caso en que la elección corresponda al deudor tal circunstancia se explica porque en el mismo tiene aplicación la regla propia de las obligaciones alternativas en cuya virtud la elección pertenece al obligado (art. 1.190 del Código civil francés, art. 1.217 del Código civil venezolano); esto es, que la atribución de semejante facultad al deudor se debería a que éste se halla sujeto por un vínculo obligatorio de naturaleza alternativa. De esta manera resultaría que la expresión que utiliza el artículo 2.131 de que el acreedor puede exigir su reembolso desde ese momento u obtener un suplemento de hipoteca sería exacta por completo y ni siquiera gramaticalmente podría engendrar dudas. A mi me parece, escribía, que ni siquiera por la construcción gramatical de las palabras del artículo podría atribuirse el derecho de elección al acreedor, ya que en las obligaciones alternativas, en las que indudablemente la elección corresponde al deudor, el acreedor, como observa Pothier, tiene siempre el derecho de demandar disyuntivamente una y otra cosa (4). Esta postura no ha gozado de mayor predicamento entre los civilistas franceses, aunque, cosa curiosa, se encuentra aceptada en forma tácita por autores modernos como Ripert, y Boulanger cuando, al señalar que por más que la fórmula legal parece brindarle la elección al acreedor en realidad la opción perte-

(4) *Ibid.*, III, p. 486.

nece al deudor, remiten al artículo 1.190 del Código civil francés para justificar esta última circunstancia (5).

Tendríamos, por tanto, formulada una nueva vía para explicar el que la elección corresponda al deudor: como éste se halla sujeto por una obligación alternativa, decidir por el pago o por el suplemento a él le debe estar atribuido de acuerdo al principio general de que en tal variedad de obligaciones la opción pertenece al obligado. ¿Es legítima la misma? Nos parece que no.

Que en la hipótesis del artículo 2.131 del Código civil francés no estamos frente a un caso de obligación alternativa resulta evidente, ya que en la misma hay un solo objeto, una sola prestación en la obligación; cuando la ley dice que el acreedor podrá exigir desde ese momento su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca es obvio que no está contemplando una variedad obligacional en la que "el deudor... se libera por la entrega de una de las dos cosas que estaban comprendidas en la obligación" (art. 1.189 C. c. francés), pues en tal caso no podría hablar de exigir su reembolso o pago. En la obligación alternativa se paga ejecutando tanto una como otra de las prestaciones debidas ya que todas ellas constituyen objeto de la obligación, por lo que si el término pago se reserva para una de las posibles conductas a observarse por el deudor es inequívoco que sólo ésta resulta adecuada y, en consecuencia, mal cabe hablar de disyuntividad de las prestaciones. Por lo demás no debe olvidarse que afirmar que en el supuesto del artículo 2.131 la elección corresponde al deudor porque estamos en presencia de una obligación alternativa supone una inaceptable inversión del pensamiento lógico, pues lo correcto sería llegar a la conclusión de que la obligación es de tal naturaleza en base a que, efectivamente, en el precepto considerado el obligado puede optar entre una y otra actuación, y para eso no hay base adecuada, antes bien, de la letra de la ley parece derivarse que la elección corresponde al acreedor.

Y todavía más, aunque gratuitamente se partiese de que el artículo 2.131 del Código civil francés consagra un caso de obligación alternativa, ni siquiera así cabría deducir que el deudor goza de la opción comentada, pues en tal especie obligatoria "la elección le pertenece al deudor, si no se le ha concedido expresamente al acreedor" (art. 1.190 C. c. francés) y, como tantas veces hemos señalado, de acuerdo a los términos en que aparece redactado el precepto la facultad de elegir resulta atribuida a éste y no a aquél. En definitiva,

(5) RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, VII, Buenos Aires, 1965, p. 317. Entre los autores franceses orientados en esta dirección merece citarse a HUC (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XIII, París, 1900, p. 279), para quien, por aplicación de los artículos 1.190 y 1.247, corresponde al deudor la elección en la obligación alternativa en que se encuentra; también PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, XII, La Habana, 1942, p. 413.

pues, la vía de la obligación alternativa no resulta transitable a los efectos que se persiguen.

Para el sector dominante de la doctrina francesa, el *ius electionis* corresponde al deudor no en base a que en la hipótesis del artículo 2.131 del *Code* nos hallemos frente a una obligación alternativa, sino en razón de que dicho precepto consagra un supuesto de obligación facultativa.

Ya Durantón señalaba que cuando el artículo 2.131 habla de que el acreedor podrá “obtener un suplemento de hipoteca” está indicado claramente que el reclamo del crédito se verá detenido si el deudor ofrece tal suplemento de hipoteca, algo que no está *in obligatione*, sino tan sólo *in facultate solutionis*. Por lo demás, tal afirmación concuerda con el espíritu de la ley de acudir en socorro del acreedor cuando éste ha perdido sus garantías, para lo cual no hace falta privar al deudor, que ya ha sufrido la desgracia de perder su inmueble, del beneficio del término, sino que basta con que constitya otras garantías: es esta una doctrina simple y razonable, que responde al sentimiento de un juez sabio y justo (6).

Aubry y Rau argumentaban que cuando la disminución de las garantías haya tenido lugar por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no han contravenido en forma alguna la ley del contrato, y, por tanto, sería injusto otorgar al acreedor el derecho de reclamar el reembolso caso de que el deudor le ofrezca un suplemento de hipoteca (7).

También para Baudry-Lacantinerie y De Loynes es evidente que el derecho del acreedor no depende de su sola voluntad pues la ley no dice que podrá “exigir” un suplemento de hipoteca, sino solamente que podrá “obtener”, y como estamos en materia de hipoteca convencional dependerá de la voluntad del deudor el ofrecer: el suplemento de hipoteca está así *in facultate debitoris* (8).

En relación al Derecho belga, Laurent advertía que la Ley Hipotecaria de su país había consagrado la opinión de los que estimaban que el dar un suplemento de hipoteca era facultad del deudor más que derecho del acreedor; cuando el artículo 79 de la misma establece “que se admitirá al deudor un suplemento de hipoteca si la pérdida o los deterioros han tenido lugar sin su culpa”, está atribuyendo una facultad al deudor no un derecho al acreedor, aparte de que la ley no podría obligar al deudor a dar un suplemento de hipoteca pues puede suceder que no tenga inmuebles o que no quiera

(6) DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, X, Nápoles, 1845, p. 361.

(7) AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, III, París, 1938, p. 589, n. 29.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de L'expropriation forcée*, II, París, 1899, p. 490.

hipotecarlos, y como se trata de una obligación de hacer, la ley no le puede obligar a ello (9).

En nuestros días, De Page considera que en el caso de pérdida sobrevenida sin la falta del deudor, el artículo 79 de la ley belga formula dos reglas: la exigibilidad de la acreencia, salvo el derecho del deudor de suministrar un suplemento de hipoteca; esta situación se caracteriza señalando que el suplemento de hipoteca se halla *in facultate solutionis*, el acreedor no tiene el derecho de exigir, sólo el deudor puede ofrecer. Si lo ofrece, el acreedor, de acuerdo a la teoría de las obligaciones facultativas, está sujeto, pero a condición de que el suplemento de hipoteca sea satisfactorio. En su opinión, numerosas razones demuestran que el suplemento de hipoteca sólo puede estar *in facultate solutionis*: la prestación de un suplemento de hipoteca es una obligación de hacer a la que se aplica la regla *nemo potest praecise cogi ad factum*; por otra parte, el juez no puede, dado el carácter solemne del contrato hipotecario, ordenar que su sentencia haga las veces de hipoteca y, en fin, el deudor puede que no posea otros inmuebles o inmuebles insuficientes. El acreedor está así circunscrito al solo derecho de exigir el reembolso de su crédito (10).

No hay duda de que la tesis que ve en el artículo 2.131 del *Code Napoléon* un supuesto de obligación facultativa es más firme que la que se limita a ver en aquél una mera manifestación de obligación alternativa; sin embargo, tal construcción tampoco resiste los embates de una crítica jurídica rigurosa.

Según la doctrina, la obligación facultativa se da cuando si bien el deudor está obligado a una determinada prestación —que constituye el objeto de la relación obligatoria— le asiste la facultad de extinguir la obligación y liberarse mediante la realización de una prestación distinta de la debida; la prestación a través de la cual se ejercita la facultad de sustituir no es, en ningún sentido, una prestación debida, pero, no obstante, su realización produce los mismos efectos que el cumplimiento de la prestación debida. Por ello, el acreedor en la obligación alternativa con derecho de elección correspondiente al deudor tiene que instar el cumplimiento con referencia a cualquiera de las prestaciones alternativamente debidas, o a aquella por la que opte si le corresponde el derecho de elección, mientras que en la obligación con facultad de sustitución el acreedor ha de pretender el cumplimiento exclusivamente de la prestación debida, aunque al deudor le asista el derecho a sustituirla (11). Pues bien, ¿es esto lo que ocurre en la hipótesis contemplada por el artículo 2.131 del Código francés? Nos parece que no.

(9) LAURENT, *Principios de Derecho civil*, XXX, La Habana, 1920, pp. 511-512.

(10) DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, VII, 1.º, Bruselas, 1943, pp. 540-541.

(11) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pp. 154-155.

Ciertamente que dicho precepto habla de que el acreedor podrá exigir el reembolso inmediato de su crédito u obtener un suplemento de hipoteca, y que en base a la fórmula gramatical que utiliza la ley puede sostenerse que no estamos frente a un derecho del acreedor, sino ante una facultad o posibilidad exclusiva del deudor; mas, ¿significa esto que queda conformada en la hipótesis en estudio una manifestación de la obligación llamada en doctrina facultativa o con facultad alternativa o de sustitución? En nuestra opinión, aunque se admita que el ofrecimiento por parte del deudor de una garantía complementaria paraliza el reclamo de satisfacción de la acreencia, ello no da lugar a que nos hallemos frente a un auténtico caso de obligación facultativa.

En efecto, como hace un momento se señalaba, lo que caracteriza a esta variedad obligacional es que existiendo en la misma una sola prestación (*in obligatione*), el deudor puede liberarse mediante el cumplimiento de otra prestación que no debe (*in solutione*), la cual, por tanto, viene a sustituir o reemplazar a la que propiamente constituye el objeto de la relación obligatoria: *una res est non tantum in solutione, verum etiam in obligatione* (12), pero no es esto lo que ocurre en el supuesto planteado por el artículo 2.131. Aquí, el acreedor debe aceptar, en verdad, el suplemento de hipoteca que le ofrezca el deudor, algo que, según considera la doctrina francobelga, no le es debido, pero si semejante ofrecimiento constituyera la sustitución de una prestación por otra la conclusión lógica debería ser, cual ocurre en las genuinas obligaciones facultativas, la extinción de la obligación y la liberación del deudor, y desde luego que tal cosa no ocurre cuando a favor del acreedor se constituye una garantía hipotecaria suficiente.

Subsanada la insuficiencia cautelar acaecida, el acreedor ciertamente no puede exigir la satisfacción de su derecho, pero no porque éste se haya extinguido, sino por la sencilla razón de que se parte de la hipótesis de que la obligación garantizada es a término y el suplemento de hipoteca otorgado ha impedido la decadencia o vencimiento anticipado del plazo; mas cuando el crédito se haga exigible no hay duda de que el obligado deberá proceder a su satisfacción. Ahora bien, si la dación de nueva garantía no sustituye al cumplimiento de la obligación asegurada sino que tan sólo lo retrasa ¿cabe hablar de obligación facultativa? Desde luego que no. La obligación facultativa sólo es tal cuando la prestación *extra obligatione* cumplida por el deudor tiene la virtud de equipararse jurídicamente a la auténtica prestación debida y, por tanto, ocasionar la extinción del vínculo obligacional; y tal cosa no ocurre en la hipótesis del artículo 2.131 del Código francés en la que otorgado un suplemento de hipoteca por el deudor, éste continúa sujeto, no obstante, a cumplir en

(12) Cfr. nuestra obra, *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, p. 58.

su día la obligación hipotecariamente asegurada. No hay, pues, sustitución de una prestación debida por otra no debida, sino tan sólo paralización del reclamo de pago de la acreencia mediante el restablecimiento de la situación hipotecaria deteriorada, y eso partiendo del supuesto, que los autores franceses no han demostrado, de que efectivamente el acreedor no tenga derecho a exigir un complemento de garantía.

Podía pensarse, aunque no hay suficiente base en los textos para ello, que cuando los autores hablan de que en el artículo 2.131 se contempla un caso de obligación facultativa se están refiriendo no a la originaria obligación asegurada con la hipoteca, sino a una nueva y especial obligación que surgiría en el momento en que la garantía hipotecaria devino insuficiente en los términos previstos por la ley y que consistiría en la obligación de cumplir de inmediato la obligación asegurada; así concebida, cabría estimarla como una verdadera obligación facultativa, ya que, en efecto, su extinción tendría lugar en el momento en que el deudor, ejecutando una prestación distinta a la debida, procediese a constituir un suplemento de hipoteca suficiente. Mas la artificiosidad e inconsistencia de tal construcción se patentiza si se piensa que cuando una obligación, por cualquier circunstancia relevante, se hace exigible no es que surja una nueva y autónoma obligación de cumplir aquélla, sino que únicamente ha desaparecido el obstáculo que demoraba o paralizaba la natural facultad de exigir su realización o cumplimiento. No hay, por tanto, superposición o acumulación de obligaciones, ya que toda relación jurídica obligatoria, por el hecho de serlo, supone por sí sola la afectación o sujeción del deudor al cumplimiento de la prestación adeudada.

De Page estima que existen diversas razones que deben llevar a considerar que el suplemento de hipoteca se encuentra *in facultate solutionis*; aun prescindiendo de lo que hasta aquí se ha dicho, que es más que suficiente para rechazar la construcción de la obligación facultativa, resulta que las pretendidas razones no tienen la fuerza que les atribuye el autor citado ni conducen necesariamente a la conclusión que él patrocina. Veamos:

Según él, la prestación de un suplemento de hipoteca es una obligación de hacer a la que se aplica la regla *nemo potest praecise cogi ad factum*; pues bien, no es cierto que la presunta obligación del deudor de otorgar un suplemento de hipoteca constituya una obligación de hacer, pues en cuanto consiste en la atribución al acreedor de un derecho de hipoteca, que es un derecho real, es obvio que su caracterización deberá hacerse como obligación de dar, y respecto a esta gran categoría de las obligaciones (o, mejor, del contenido de las prestaciones) no hay inconveniente para aceptar la ejecución forzosa en forma específica, como por lo demás tampoco lo hay para admitir, en principio y como línea directriz, la ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer, ya que en el moderno Derecho de

obligaciones tiene primacía, mientras sea posible, la ejecución específica o *in natura* con indiferencia de que el cumplimiento sea normal o voluntario, o anormal o forzoso (art. 1.264 C. c. venezolano) (13).

En segundo término, el juez no puede, dado el carácter solemne del contrato de hipoteca, ordenar que esa sentencia haga las veces de hipoteca; la objeción es por completo inconsistente ya que la sentencia judicial es tan documento público como cualquier otro y entraña la misma solemnidad que el instrumento autorizado por fedatarios no judiciales. De no ser así, no tendría explicación el que la sentencia firme produzca hipoteca sobre los bienes del deudor (hipoteca judicial) aparte de que, dado el carácter constitutivo de la inscripción registral hipotecaria, derive la hipoteca de contrato o de sentencia en todo caso hará falta la toma de razón en el Registro del oportuno título, por lo que mal cabe hablar de que la sentencia pueda hacer las veces de una hipoteca.

En fin, la afirmación que hace De Page de que puede suceder que el deudor no posea otros inmuebles o que los que posea sean insuficientes para otorgar un suplemento de hipoteca adecuado no constituye argumento alguno, porque aceptarla conduciría al absurdo de que debe rechazarse una obligación cuando exista la posibilidad de que el deudor no esté en condiciones de realizarla (según tan peregrina concepción debería excluirse la obligación legal de alimentos, ya que puede ocurrir que, *in concreto*, el obligado a prestarlos no esté en situación de suministrarlos).

De lo que hemos expuesto creemos puede concluirse que la doctrina francesa no ha acertado a encontrar y modelar una teoría que dogmáticamente sea apta para explicar por qué, no obstante la letra del artículo 2.131 del *Code*, la elección entre el pago inmediato y la concesión de un suplemento de hipoteca corresponde al deudor y no al acreedor.

El Código civil italiano de 1865, siguiendo el modelo instaurado por el Código albertino, no incurrió en la problemática y confusa redacción del Código francés y en su artículo 1.980 dispuso que el acreedor, dados los presupuestos de ley, "tiene derecho a un suplemento de hipoteca y, en su defecto, al pago de su crédito". Con algunas alteraciones que ahora no vienen al caso el Código civil italiano de 1942 ha conservado en sustancia la fórmula del precedente al preceptuar en el artículo 2.743 que el acreedor "puede pedir que se le preste garantía idónea sobre otros bienes y, en su defecto, puede pedir el inmediato pago de su crédito"; e igualmente sucede con el Código civil venezolano de 1942 que ha recogido el diferente planteamiento sancionado por el ordenamiento italiano al disponer en su artículo 1.894 que "el acreedor tendrá derecho a un suplemento de

(13) Consúltese al respecto el interesante trabajo de MELICH ORSINI, *La ejecución forzosa en especie de las obligaciones de hacer y de no hacer en el Derecho venezolano*, en *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, I, Caracas, 1970, pp. 393 y ss.

hipoteca, y, en su defecto, al pago de su acreencia, aunque el plazo no esté vencido”.

A la vista de estas fórmulas, que mejoran sin duda la francesa tradicional, resulta claro que al acreedor no corresponde *prima facie* la elección u opción libre entre reclamar la satisfacción inmediata de su derecho y la constitución de una garantía complementaria, pero con haber resuelto este problema, que para la mayor parte de la doctrina gala era fácilmente salvable acudiendo al argumento de que con la constitución de la nueva garantía el acreedor quedaba desprovisto de la causa de su reclamo, no se han resuelto todas las dudas; antes bien, con base a la redacción de estirpe italiana dada a la norma podría decirse que han surgido o son susceptibles de plantearse nuevas cuestiones que la fórmula francesa no generaba.

En efecto, de acuerdo al artículo 2.131 del Código francés, el acreedor “podrá o exigir desde ese momento su reembolso u obtener un suplemento de hipoteca”, lo que, excluida para la mayoría de los autores la tesis de que la elección corresponde al acreedor, supone que es el deudor quien debe decidir si prefiere restablecer la situación hipotecaria venida a menos o está dispuesto a soportar la realización inmediata de la acreencia, por más que, como se ha visto, la doctrina francesa no haya acertado a encontrar un camino teórico adecuado para explicar el hecho de que la opción haya de venir atribuida al deudor (la tesis de la obligación alternativa y la de la obligación facultativa se han revelado insuficientes a este respecto, según se ha tenido ocasión de exponer en las páginas precedentes). Ello conduce, como corolario lógico, a que si el acreedor ha reclamado la satisfacción de su derecho esta acción queda detenida o paralizada en el momento en que el deudor ofrece un suplemento de hipotecado adecuado, y a que ni siquiera pueda intentarse cuando el complemento de garantía ya haya sido objeto de oferta firme y definitiva.

Pues bien, estas circunstancias, al menos con el mismo grado de claridad, no se dan en la redacción que a la norma han atribuido los Códigos civiles de Italia y Venezuela. Tanto el artículo 2.743 del Código italiano como el artículo 1.894 del Código venezolano hablan de que el acreedor puede reclamar un complemento de garantía y, caso de no obtener éste, proceder a la satisfacción inmediata de su acreencia.

Se observará que dos notas diferencian estas fórmulas de la francesa: una, que en ellas se presenta en primer término la exigencia de la garantía complementaria mientras que en la francesa ocupa ese primer lugar la exigencia de reembolso del crédito; y la otra, que si el artículo 2.131 del *Code civil* parece no establecer prelación alguna entre uno y otro reclamo, los artículos 2.743 y 1.894 de los Códigos italiano y venezolano, por el contrario, parecen sancionar un orden o rango al disponer que el acreedor puede exigir el pago en defecto de la nueva garantía previamente solicitada. Esto es, en relación a esta segunda nota, de acuerdo a los términos en que apa-

recen redactados los preceptos señalados podría pensarse que sólo cabe acudir a la realización desde luego de la acreencia cuando habiendo pretendido el acreedor obtener el restablecimiento de su garantía quebrantada no le fue posible conseguir tal objetivo.

De aceptarse esto se observará que la situación experimenta un sensible cambio según cual sea el tipo de formulación del mecanismo en estudio. En el Derecho francés el acreedor puede desde el primer momento exigir el pago de su derecho, pero como generalmente se admite que la elección entre los remedios previstos por la ley corresponde al deudor resultará en tal supuesto que su reclamo quedará paralizado caso de que éste decida ofrecerle una garantía complementaria suficiente; en los derechos italianos y venezolanos, por el contrario, no es que el acreedor vea detenida su demanda de pago si el deudor ofrece otra garantía, sino que ni siquiera podrá intentar dicha demanda cuando no haya perseguido en forma previa y sin resultado positivo la obtención del oportuno suplemento de hipoteca.

De esta circunstancia no tomaron debida cuenta los autores italianos que estudiaron el artículo 1.980 del Código civil de 1.865; en la doctrina italiana de la época prevaleció la tesis de que si bien el Código se había apartado del modelo francés al establecer que el acreedor no podrá reclamar el pago sin haber exigido en forma previa el suplemento, en definitiva, pese al cambio, se venía a obtener el mismo resultado al que aspiraba el legislador francés, ya que si la petición de suplemento es condición para el ejercicio de la demanda de pago, el deudor podrá paralizar ésta con su oferta (14). Se venía a aceptar, por tanto, que la elección entre la concesión de la nueva garantía y la sanción de la decadencia del término era algo que incumbía en exclusiva al deudor y no al acreedor (15).

En nuestros días, la doctrina italiana, aunque en sustancia la fórmula del Código vigente sigue siendo la misma que la del Código de 1865, se muestra más cauta y ponderada, sin plegarse gratuitamente a la tradicional y poco rigurosa construcción francesa sobre el tema. Así, aunque no faltan voces, como la de Andrioli, a favor de la postura secular de que la opción corresponde en todo caso al deudor porque "la concesión de la nueva garantía es objeto no de una obligación, sino de una carga a la que no cabe contraponer de parte del acreedor un derecho" (16), las más calificadas se orientan en otras direcciones; según Pino, de la interpretación gramatical del artículo 2.743 del Código italiano vigente resulta que las palabras "en su defecto" se refieren a las precedentes "que se le preste garantía

(14) COVIELLO, *Delle ipoteche*, Roma, 1936, p. 248; CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, II, Turín, 1918, p. 368; SANTORO PASSARELLI, *La surrogazione reale*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1926, p. 454, etc.

(15) ANDRIOLI, *Tutela dei diritti*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, VI, Bolonia-Roma, 1945, p. 47.

(16) *Ibid.*

idónea”, por lo que la demanda de suplemento deviene condición para el ejercicio de la demanda dirigida a obtener el pago inmediato; este presupuesto crea dos cargas distintas, una a cargo del acreedor y la otra a cargo del deudor: el acreedor no puede intentar demanda de pago inmediato si no ha solicitado el suplemento; el deudor no puede continuar disfrutando del beneficio del término si no ha concedido el suplemento (17); para Rubino, en la hipótesis del artículo 2.743 del Código civil italiano, frente a lo que sucede en la del artículo 1.186 *eiusdem*, la decadencia del término puede ser evitada con la prestación de una nueva garantía y, por tanto, no se realiza sino después del reclamo sin éxito de esta última, es decir, que el concurso entre los dos remedios no es alternativo, con elección negada al acreedor, sino gradual, lo que no excluye que tal suplemento constituya para el deudor no una simple carga, sino una verdadera y propia obligación, si bien, al no estar determinado el objeto, su incumplimiento sólo podrá conducir a una condena genérica y no también a una ejecución forzosa en forma específica *ex* artículo 2.932; respondiendo a Pino, asevera que la demanda de nueva garantía no es propiamente una carga, además de un derecho, para el acreedor, de la que pueda pretender el pago inmediato: todo se reduce a la gradualidad de los dos remedios, el primero de los cuales no puede constituir un simple medio para conseguir la aplicación del segundo, pues tiene también jurídicamente una función autónoma, bastando el restablecimiento de la garantía para satisfacer el interés lesionado (18).

Por parecidos caminos discurre nuestro pensamiento. La norma sancionada en el artículo 1.894 del Código civil tienen un claro matiz de *favor creditoris*; el legislador se preocupa de que el acreedor hipotecario haya visto disminuida la seguridad de su derecho por virtud del deterioro experimentado por la cosa gravada y busca la restauración de la situación quebrantada. En su mente está, con clara percepción de la realidad de las cosas y del sesgo real de la contratación, que las especiales condiciones de la relación obligatoria garantizada fueron establecidas precisamente teniendo como base y punto de referencia la existencia de una concreta y determinada garantía hipotecaria, si ahora ésta se ha desmoronado o venido a menos, viene a faltar también el sustentáculo y la razón de ser misma de la acreencia y, por tanto, si se quiere mantener la existencia en los términos en que fue conformada se impone la pronta subsanación del debilitamiento sufrido por su garantía.

(17) PINO, *La diminuzione della garanzia ipotecaria*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1947, pp. 91-92. También para MESSINERO el artículo 2.743 del Código civil italiano está informado en el criterio según el cual la petición de suplemento de garantía es condición para el ejercicio de la demanda de pago anticipado (MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 81).

(18) RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milán, 1956, pp. 360-361 y n. 54.

Mas puede suceder que el restablecimiento de la primitiva situación de seguridad real no sea posible, que, por una u otra causa, el crédito asegurado no pueda retornar a su primigenio estado de fortaleza y resguardo; en este caso, el legislador, en parte por la razón expuesta de desaparición de las condiciones existentes para el momento en que se celebró el contrato de que deriva la relación jurídica obligatoria y en parte también llevado por el deseo de evitar al acreedor futuros daños, impone el vencimiento anticipado del término; el crédito garantizado, que veía detenida su exigibilidad por razón de la dependencia del término, salva este obstáculo y puede entrar ya a su plena y efectiva realización. La ley impone la decadencia o caducidad del plazo a objeto de que el derecho que sufrió el debilitamiento de la garantía real y que no ha podido obtener la vuelta en este punto a la originaria situación se desenvuelva en forma libre y actual; tiene lugar como una especie de contrapeso, restauración del equilibrio o reparto equitativo de las desventajas: el acreedor desmejorado no tiene que esperar el cumplimiento natural del término para aspirar a la satisfacción de su derecho; el deudor que no ha procedido a reconstruir la armadura hipotecaria disminuida ya no podrá continuar disfrutando del beneficio patrimonial que supone el retraso en la ejecución de la prestación debida.

Sobre la base de estos materiales, que constituyen, por así decirlo, el entramado de la norma que se considera, es fácil colegir que al acreedor no puede competere la facultad de decidir a su arbitrio entre el suplemento de garantía y el pago actual de la acreencia, pues, como resaltan los autores franceses, cuando el deudor ofrece un suplemento de hipoteca que constituya suficiente garantía, el acreedor pierde la causa misma que autorizaba su acción (19); y esto es correcto porque el artículo 1.894 del Código civil venezolano (o sus equivalentes de los otros Códigos) sólo se aplica caso de que acaezca la insuficiencia de la garantía existente, y tal acontecer se puede y debe tener por no sobrevenido cuando el deudor ofrece, en forma seria, real y palpable, el restablecimiento de la situación anterior mediante la constitución de una hipoteca complementaria susceptible de reponer al acreedor en el mismo estado de seguridad jurídico-patrimonial que en su día disfrutó.

Correcto, pues, que en la hipótesis del artículo 1.894 del Código civil no corresponda al acreedor el *ius electionis*, pero, ¿se puede derivar de tal exclusión, a la manera de obligada conclusión, tal como lo hace la doctrina francesa con su acostumbrada uniformidad y monotonía, que la facultad de elegir es algo que por necesidad pertenece al deudor? Difícilmente, si se toman en cuenta las circunstancias y razones que están en la base y justificación de dicha norma.

En efecto, aun prescindiendo del hecho de que en la hipótesis del artículo 1.894 no está conformada una obligación alternativa ni una

(19) PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, p. 413.

obligación facultativa y, en consecuencia, sería ardua tarea el justificar teóricamente el porqué de esa opción deparada al deudor, no debe olvidarse en ningún momento que la preocupación que preside el mecanismo que nos ocupa es la de reparar o restablecer la garantía hipotecaria afectada (por ello los autores italianos más rigurosos, tal es el caso de Rubino, estudian la figura dentro del capítulo destinado a la consideración de la "defensa y conservación de la garantía", e, *in concreto*, entre los llamados remedios reparatorios); ahora bien, ¿se protege adecuadamente al acreedor cuando se deja en manos del deudor la posibilidad de decidirse por la restauración de la garantía o por el pago inmediato de la acreencia? No parece que así sea. Si la norma entra a jugar cuando la garantía hipotecaria se ha hecho insuficiente, la adecuada y cónsona protección del acreedor perjudicado sólo puede tener lugar, en principio y de manera preferente, mediante la restauración de la suficiencia perdida, y únicamente, cuando tal no sea posible, podrá pensarse en la pérdida del beneficio del término como un remedio supletorio o sustitutivo, y desde luego tal cosa no sucederá si se sostiene que al deudor incumbe la libre elección entre uno y otro tipo de remedio. La conservación de la garantía hipotecaria, que es la nominación adecuada de la figura prevista en el artículo 1.894 del Código civil, se desvirtúa y cambia de sentido cuando se admite que, sobrevenida la disminución de la misma, el deudor puede obviar esta situación mediante el simple no ofrecimiento de una garantía complementaria.

Sostener esta postura puede llevar incluso a posiciones absurdas; por ejemplo, supongamos que se trata de un crédito hipotecario, como será lo ordinario, que devenga intereses y que el acreedor no quiere ver amortizado sino cuando naturalmente venza el plazo que lo afecta; pues bien, si la garantía hipotecaria se hace insuficiente, sin la cual el crédito no habría, y aun en ciertos casos no podría haber, nacido, al acreedor no le queda otro camino que el reembolso anticipado (lo que para él supone evidentemente un *lucrum cessans*) siempre que el deudor no proceda a restaurar de manera adecuada la garantía vulnerada, incluso aunque dicho deudor esté en condiciones de otorgar un adecuado suplemento de hipoteca. ¿Es esto razonable? A nosotros nos parece que no.

Siempre y cuando el deudor sea titular de bienes que constituyan caudal adecuado para que pueda tener lugar la reconstrucción de la situación hipotecaria desmejorada en términos tales que vuelva a ser suficiente, debe imponerse como necesaria y vinculante para el mismo la constitución de nueva garantía, sin que quepa permitirle el evitar este resultado mediante la neutra y jurídicamente irrelevante conducta de no ofrecer la hipoteca complementaria que está en posibilidades de otorgar. Lo contrario equivale no sólo a poner en manos del deudor la tutela apropiada del derecho del acreedor, lo que sin duda constituye un contrasentido dadas la desimilitud y contraposición de los intereses de uno y otro, sino incluso a desnaturalizar

dicha tutela, pues al otorgar al deudor la opción entre el suplemento y el pago se está colocando en primer y primordial plano algo (el pago inmediato) que obviamente no cabe considerar como medio de protección de la garantía lesionada: la tutela de un derecho sólo puede establecerse mediante la concesión de recursos que se orienten a mantener su integridad y a reconstituirlo en su originario estado cuando haya sufrido quebranto.

Se nos dirá que esto equivale a sostener que en el supuesto previsto por el artículo 1.894 del Código civil el acreedor tiene derecho a que se constituya a su favor una hipoteca complementaria suficiente y que, a la inversa, el deudor está vinculado por una efectiva y verdadera obligación en tal sentido, posición de la que, sin mayores argumentos y razones, siempre ha huido la doctrina civilística tradicional y que todavía hoy es la dominante sin excepción en el panorama civil francés y cuenta con el apoyo de bastantes y destacados autores italianos. A ello contestaremos que así es en efecto.

Se ha visto como en razón de la función y finalidad que está destinada a cumplir la norma, si bien no cabe que el acreedor pueda elegir libremente entre la restauración de la garantía dañada y el pago anticipado de su derecho, tampoco es posible atribuir esa opción al deudor so pena de desnaturalizar la figura; pues bien, esto no tendría sentido si el acreedor no estuviese dotado de un auténtico derecho a obtener un suplemento de hipoteca del deudor y paralelamente éste no estuviese obligado a actuar en tal forma. La ley quiere que, a ser posible, se restablezca la situación hipotecaria venida a menos; ese es el propósito fundamental y primario del artículo 1.894. Mas, ¿podría hablarse de tutela al acreedor hipotecario, de recurso orientado a la conservación de la garantía cuando dicho acreedor carece de poder, jurídicamente tutelado, para exigir la constitución de la hipoteca adecuada?

El artículo 2.743 del *Codice civile* italiano habla de que el acreedor “*puede pedir* que se le preste garantía idónea sobre otros bienes”, y el artículo 1.894 del Código civil venezolano en forma tajante determina que “el acreedor *tendrá derecho* a un suplemento de hipoteca”. Aunque las expresiones legales no sean definitivas e inobjectables para calificar las situaciones jurídicas es obvio que siempre constituyen un estimable dato para averiguar cuál fue la actitud del legislador al respecto y no cabe sin, más, prescindir de ellas, antes bien, mientras no se demuestre su improcedencia e inexactitud dogmática, deben aceptarse y tomarse como valederas; pues bien, tanto en una como en otra fórmula legal es evidente que gramaticalmente se está materializando un genuino derecho subjetivo, un innegable poder jurídico, ya que, desde el ángulo expresivo, no es posible atribuir otro significado y sentido a la locución *puede pedir* de los italiano y mucho menos a la definitiva y clara palabra *derecho* de nuestro Código. No es éste, desde luego, ningún demoleedor argumento, ni entran dentro del campo de nuestras preferencias teóricas el

recurrir al tenor literal o gramatical de los términos utilizados por la ley, pues creemos que las fórmulas legales han de ser clarificadas, precisadas y remodeladas mediante el empleo de la dogmática jurídica; a la doctrina incumbe no sólo el iluminar los preceptos a través de la utilización de conceptos y categorías jurídicas depurados y actuales (toda interpretación debe ser progresiva), sino además ubicar las normas dentro del cuadro lógico-sistemático de la materia a que las mismas atañan. Sin embargo, estas observaciones no pueden significar, ni mucho menos, que deba destacarse y despreciarse *a priori* toda calificación legal, como si el legislador siempre estuviera equivocado o fuese inexacto, sino tan sólo que los términos de la ley han de colocarse por necesidad bajo el cristal de la ciencia para adecuarlos y rectificarlos cuando hayan sido usados deficientemente, pero también para resaltar y reclamar su exactitud cuando el legislador los usó en forma cónsona, y esto es lo que creemos sucede en el artículo 1.894 del Código civil. Allí se ha constatado que la *ratio* de la norma exige que el acreedor esté dotado de un verdadero derecho subjetivo y además el propio artículo llama derecho al especial poder que a aquél otorga: nos hallamos ante un caso de perfecta armonía entre la estructura del mecanismo conformado por la ley y la nominación que al mismo le atribuye ésta; no creemos que tan feliz circunstancia deba conducir paradójicamente a excluir que el llamado por la ley derecho sea un auténtico derecho, no hay necesidad de ello. En definitiva, no decimos que el poder previsto en el artículo 1.894 sea un derecho porque así lo llama éste, sino que debiendo ser institucionalmente derecho subjetivo, tal como se ha demostrado, esta misma expresión es la que, en forma elogiabile, utiliza la norma para designarlo; y, de todas maneras, el solo empleo del término por el legislador ya es algo de lo que no se puede prescindir de manera precipitada.

Estas consideraciones terminológicas pueden sernos útiles también para demostrar la debilidad de los argumentos de los autores franceses tendentes a defender la peculiar interpretación que propician del mecanismo que se considera. Se recordará que uno de los puntales de su tesis de que el artículo 2.131 del *Code* no otorgaba un derecho al acreedor hipotecario consistía en que este precepto no habla de que “podrá exigir un suplemento de hipoteca”, sino de que “podrá obtener”; (20) pues bien, aun tratándose de manera notoria de la misma figura, en los ordenamientos civiles italiano y venezolano deberá rechazarse semejante conclusión ya que en ellos, de los términos utilizados por la ley, sí resulta que el acreedor se halla dotado del derecho a un suplemento de hipoteca.

La construcción de Pino, con suponer indudablemente una superación frente a las tesis francesas, tampoco procura la adecuada calificación del fenómeno ni facilita exacta explicación de los efectos

(20) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 490.

que la actuación del mismo ocasiona; como se recordará, dicho autor considera que el artículo 2.743 del Código civil italiano (o el 1.894 del venezolano) genera dos cargas distintas, una que afecta al acreedor, ya que éste no puede intentar demanda de pago inmediato si no ha reclamado el suplemento de hipoteca, y la otra que afecta al deudor, pues el mismo no puede continuar disfrutando del beneficio del término si no ha concedido tal suplemento (21). Esta formulación teórica no armoniza con la razón de ser y finalidad del precepto y produce la sensación de artificiosidad y formalismo inoperante.

En efecto, si la norma está dada para el caso de que el acreedor hipotecario vea disminuida la garantía de su derecho y constituye, como nadie discute, un instrumento para la protección del mismo, no tiene sentido condicionar la reclamación de pago anticipado a la previa exigencia de un complemento de garantía, pues con tal afirmación, bajo la apariencia de que se está colocando en primer término la tutela de la hipoteca degradada, en realidad se presenta en primer plano la satisfacción de la acreencia, que no tiene inmediata relación con el objetivo del precepto, y además, lo que por razón de su finalidad debería aparecer conformado como una potestad o poder se configura como una vinculación o afección del presunto beneficiado (curiosa manera de favorecer mediante la imposición de limitaciones y restricciones).

El legislador en el artículo 1.894 del Código civil no contempla de manera principal la realización anticipada del crédito, sino la conservación, el restablecimiento de la garantía hipotecaria quebrantada como medio de proteger al acreedor perjudicado: sólo cuando esto último no sea posible, se impondrá aquélla consecuencia, pero siempre como un remedio supletorio, sustitutivo del verdadero y propio que es el otorgamiento de una garantía complementaria idónea. Si esto es así, según creemos, ¿tiene sentido que el reclamo del suplemento de hipoteca, remedio primario y característico, sea tan sólo un requisito, un paso previo, una condición para la demanda de amortización inmediata, cuando ésta no es en sustancia más que una solución o recurso *in extremis*? Con tal aseveración se invierten los términos, porque en su virtud ya no es que la ley permita al acreedor dañado el restablecimiento de las originarias condiciones de seguridad de su derecho, sino que le faculta para obtener el pago inmediato de la acreencia, si bien debe cumplir antes la formalidad, parecería que hasta enojosa, de reclamar una nueva garantía; y esto, desde luego, aun prescindiendo de la letra de las normas que enfáticamente lo desmiente, resulta una inadmisibile tergiversación, pues lo que debe ser y es un poder del acreedor no cabe desfigurarlo hasta el extremo de presentarlo como una carga, imposición o trámite obligado del mismo.

(21) PINO, *loc. cit.*, p. 92.

Además, según las ideas del autor a que se está haciendo referencia bastaría con que el acreedor haya procedido a pedir la hipoteca complementaria; con lo que el hecho de que con posterioridad abandone o desista del pedimento en nada afectará a su posibilidad para reclamar la satisfacción del crédito, circunstancia que acaba desnaturalizando por completo los últimos resabios de auténtico remedio o recurso protector que pudiera tener el suplemento de hipoteca en la peculiar construcción de Pino.

La realidad de las cosas es de otro signo. Como sagazmente ha señalado Rubino, de los dos remedios previstos en la norma que se estudia el primero no puede constituir un simple medio para obtener la actuación del segundo, ya que tiene también jurídicamente una función autónoma (22); y ya lo creo que la tiene, habida cuenta de que constituye la única razón de ser del precepto, sin la cual éste resultaría por completo innecesario y reiterante a la vista del artículo 1.215 del Código civil venezolano o sus similares de los otros cuerpos codificados

Por otro lado, y finalmente, tampoco es cierto que el deudor no pueda continuar en el disfrute del término si no ha concedido el suplemento, formulación que rememora la extendida e inexacta idea de que al deudor le está atribuida la opción entre uno y otro remedio, sino que el mismo perderá el beneficio del plazo cuando no se haya podido dar cumplimiento (con su voluntad o sin ella) a la genuina obligación que le incumbe de restablecer la garantía hipotecaria que se tornó insuficiente

Rubino habla de que el concurso entre los dos remedios no es alternativo, sino gradual; y en efecto, ello es así pues al reclamo de la satisfacción del crédito sólo se puede llegar cuando no sea posible obtener el complemento de garantía preciso. Ahora bien, aunque en línea de principio cabe hablar de dualidad de remedios (suplemento de hipoteca y decadencia del término), en un plano teórico riguroso es difícil convenir que en realidad se trate de dos auténticos recursos reparatorios que la ley formula para el caso de insuficiencia de la garantía hipotecaria. Rectamente miradas las cosas, como se ha apuntado en distintas oportunidades, no hay dos remedios, sino uno solo: el derecho a obtener una hipoteca complementaria suficiente.

Remediar es reparar un daño, restablecer o recomponer una situación que se ha deteriorado, y esto es precisamente lo que sucede cuando, disminuida la garantía, el acreedor puede pedir que se le preste nueva garantía idónea; por ello, denominar remedio o recurso separatorio (no remedio reparatorio, como hace Rubino, pues ello implica una redundancia ya que todo remedio es por necesidad reparatorio) al derecho que el acreedor ostenta de obtener un suplemento de hipoteca es algo por completo correcto ya que el mismo significa verdadera tutela de la situación hipotecaria afectada; en

(22) RUBINO, *op. cit.*, p. 361, n. 54.

cambio, cuando, por no poder obtener la restitución de la garantía a su originario estado, la ley permite al acreedor exigir el pago inmediato de su acreencia no se trata en realidad de un auténtico remedio o protección de la situación hipotecaria venida a menos, pues mediante él ésta no va a recomponerse u obtener su primitiva solidez, sino de una vía de escape puesta a disposición del acreedor para evitar que el daño producido alcance mayores proporciones. Cuando el legislador permite al acreedor hipotecario proceder a la satisfacción anticipada de su derecho no tiene en mente la conservación o tutela de la garantía disminuida, antes bien, permite tal actuación precisamente porque semejante protección se ha revelado imposible de conseguir, y, en consecuencia, mal cabe considerar que la decadencia del término constituya un remedio; podrá constituir un medio para proteger el derecho de crédito del acreedor, pero no un recurso con que éste cuenta para la conservación de la garantía hipotecaria a su favor existente. Respecto a ésta, lo máximo que cabe hablar, y aun ello con las precisiones y aclaraciones que se han apuntado, es de remedio sustitutivo o supletorio, pero siempre bien entendido que se utiliza esta expresión en forma figurada y con finalidad más económica o patrimonial que jurídica.

Dadas las condiciones exigidas por el artículo 1.894 del Código civil venezolano, el acreedor tiene derecho a un suplemento de hipoteca y el deudor soporta “una verdadera y propia obligación” (Rubino) de restablecer la garantía lesionada; derecho del acreedor a que se constituya a su favor una hipoteca complementaria suficiente, obligación del acreedor de constituirla. Por tanto, si el deudor posee bienes bastantes al respecto, no se ve cuál puede ser el obstáculo para que la aludida obligación sea objeto de ejecución forzosa en forma específica cuando el deudor no haya procedido voluntariamente a su cumplimiento. Sanojo, en una de esas admirables intuiciones, así lo aceptaba al señalar que “si el deudor no puede, por falta de bienes, dar el suplemento de hipoteca, el acreedor tendrá que conformarse con la situación que le han creado los acontecimientos” (el artículo que él comentaba no permitía al acreedor exigir, en defecto del restablecimiento de la garantía, el pago anticipado de la acreencia), pero “si el deudor se negare a concederlo, el acreedor puede obtener de la autoridad judicial que de oficio mande constituir la hipoteca suplementaria”; (23) y nosotros acogemos y ratificamos esta acertada afirmación del primero de los comentaristas venezolanos.

Otro es el parecer de Rubino. Para este autor, aunque la dación de suplemento constituye una verdadera y propia obligación para el deudor, al no estar determinado el objeto de la misma, “su incumplimiento sólo podrá conducir a una condena genérica, y no además

(23) SANOJO, *Instituciones de Derecho civil venezolano*, IV, Caracas, 1873, pp. 339-340.

a una ejecución forzosa en forma específica *ex artículo 2.932*"; (24) no es esa nuestra opinión. Para comenzar debe advertirse que si el objeto de la obligación (la prestación) estuviere indeterminado en forma absoluta no habría obligación, por tanto la indeterminación a que se refiere Rubino (en cuanto acepta la existencia de la obligación) deberá ser relativa, esto es, el objeto será determinable, y, en consecuencia, procede la ejecución forzosa.

Pero es que ni siquiera es cierto que el objeto sea determinable, ya que la obligación que incumbe al deudor en la hipótesis del artículo 1.894 del Código civil tiene una precisa y determinada prestación: la de constituir una hipoteca suplementaria suficiente, o, si se prefiere, la de restaurar en su originaria condición la garantía hipotecaria disminuida; y esto es algo que siempre estará claramente precisado, por más que sean unos u otros los bienes del deudor sobre los que la nueva hipoteca vaya a constituirse.

Será, pues, el acreedor el que, al no haber obtenido la constitución voluntaria de la hipoteca precisa, señalará en su demanda los bienes del deudor sobre los que debe constituirse la misma, y, encontrado por el juez que se han cubierto los extremos del artículo 1.894 y que la petición del demandante se ajusta a lo sancionado por el mencionado precepto, sentenciará la constitución del complemento de garantía necesario, esto es, como dice Sanojo, la autoridad judicial mandará constituir de oficio la hipoteca suplementaria.

2.—*El suplemento de hipoteca*

El artículo 1.894 del Código civil venezolano permite al acreedor, dados los requisitos en el mismo previstos, exigir la constitución de una garantía complementaria suficiente, pero no cualquier tipo de garantía, sino precisamente garantía de naturaleza hipotecaria; al igual que el Código francés, que la Ley belga y el Código italiano de 1865 habla de "un suplemento de hipoteca".

El Código civil italiano de 1942, por el contrario, faculta al acreedor lesionado para pedir "que se le preste garantía idónea sobre otros bienes"; la explicación de esta diferente fórmula se encuentra en que el artículo 2.743 del *Codice civile* no es un precepto exclusivamente hipotecario, sino una norma que contempla de manera general la disminución de la garantía real y, por tanto, tiene aplicación tanto en el caso de hipoteca como en el caso de prenda. Ahora bien, ello no significa que disminuida la garantía hipotecaria el complemento haya de revestir por necesidad esta misma condición, sino que puede ser de especie diferente siempre que ostente naturaleza real, por ejemplo: una hipoteca mobiliaria (admitida en el Derecho italiano) o una prenda.

(24) RUBINO, *op. cit.*, p. 361.

En el Derecho venezolano, el artículo 1.894 sólo contempla la disminución de la garantía hipotecaria y, por tanto, el único remedio auténtico que al respecto prevé es la dación de un suplemento de hipoteca, suficiente para restablecer la primitiva seguridad del acreedor (claro que ello no obsta a que, siendo dicho precepto susceptible de aplicación analógica a la prenda, pueda predicarse similar consecuencia cuando sobrevenga la disminución de la garantía prendaria en las condiciones requeridas por el mismo). Esta hipoteca complementaria es de nueva factura, de nuevo cuño; no sustituye o reemplaza a la originaria, ya que no se trata de una subrogación real, sino de una nueva hipoteca (25). En consecuencia, la nueva garantía no tendrá el mismo grado que la primera, sino que ostentará un nuevo grado autónomo: el que le corresponda de acuerdo al momento en que tenga lugar su inscripción. Como dice Sanojo, "la hipoteca suplementaria es nueva, y por ello no toma su fecha (grado) sino en el día en que se la registra" (26).

En el Derecho francés la doctrina admite sin excepción que el suplemento de hipoteca puede venir dado sobre bienes futuros del deudor. La justificación de esta posibilidad la encuentran los autores en que si bien el artículo 2.130 del *Code* prohíbe hipotecar bienes futuros, el mismo precepto permite al deudor la afección hipotecaria de este tipo de bienes cuando "sus bienes presentes y libres son insuficientes para la garantía del crédito" y el artículo 2.131, que es el que se refiere a nuestra materia, se inicia con la palabra *pareillement* (igualmente), con lo que viene a conformarse como la segunda de las dos únicas excepciones que el Código civil francés establece al principio de que no pueden hipotecarse los bienes futuros (aquellos sobre los que el constituyente no ostenta en la actualidad derecho alguno o sobre los cuales su derecho es todavía eventual). Ciertamente, semejante fundamentación y explicación no constituye un modelo de seriedad, rigor y precisión.

Los autores franceses resaltan que tanto en la hipótesis del artículo 2.131 como en la del 2.130 la hipoteca sobre los bienes futuros se presenta como complementaria y se agrega a la hipoteca que gravaba los bienes presentes destruidos o deteriorados, y que el deudor puede utilizar esta facultad cuando ya no posea ningún inmueble en la actualidad y puede hacerlo igualmente sin afectar con la hipoteca complementaria ninguno de los inmuebles presentes que le queden (27). Hacen notar, de todas maneras, que tal posibilidad sólo operará cuando los bienes futuros ofrezcan una garantía seria, por ejemplo, cuando el deudor aparece llamado a recibir pronto una rica herencia que comprenda inmuebles, sobre todo si es llamado en calidad de heredero reservatario (28).

(25) *Ibid.*, p. 362, Cfr. HUC, *op. cit.*, XIII, p. 279.

(26) SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

(27) PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, pp. 411-412.

(28) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 490.

No cabe trasladar esta construcción al Derecho venezolano porque en él el principio de que "no puede constituirse hipoteca convencional sobre bienes futuros" (art. 1.893) carece de excepción alguna. La nueva hipoteca suplementaria deberá necesariamente, por tanto, constituirse sobre bienes presentes del deudor, lo que no obsta, sin embargo, a que, como advierte Sanojo, el acreedor pueda pretender el suplemento de hipoteca no sólo sobre bienes que el deudor poseía al tiempo en que la constituyó, sino también sobre los que haya adquirido posteriormente (29).

3.—*Ambito de aplicación del artículo 1.894 del Código civil venezolano*

El artículo 1.894 del Código civil venezolano está situado dentro de la Sección dedicada a las hipotecas convencionales (Sección tercera, Capítulo segundo, Título veintiuno del Libro tercero) y lo mismo sucede con el artículo 2.131 del Código civil francés y sucedía con el artículo 1.980 del Código civil italiano de 1865. ¿Significa tal ubicación legal que la norma sólo tiene aplicación en la esfera de las hipotecas convencionales o voluntarias?

La doctrina francesa se inclinó por la afirmativa. Para justificar esta posición los autores galos aducen en primer término el lugar donde está colocada la norma y en segundo término el objeto mismo del precepto. Según Pont, la ley quiere que cuando el acreedor no es reembolsado inmediatamente obtenga al menos otras garantías iguales o equivalentes a las primitivas; esto tiene sentido en las hipotecas convencionales que, en cuanto especiales, proporcionan una seguridad limitada, pero carece de justificación en las legales y judiciales, ya que al ser éstas generales procurarán garantía al acreedor no con un inmueble determinado, sino con toda la fortuna inmobiliaria del deudor (30). Para Durantón, la disposición del artículo 2.131 es aplicable tan sólo a los casos de hipoteca convencional y no a los de hipoteca legal o judicial, porque así lo demuestra el lugar que ocupa en el Código (31). En opinión de Baudry-Lacantinerie y De Loynes, resulta natural concluir que el artículo 2.131 del *Code* es especial para las hipotecas convencionales y que su disposición no podría extenderse a las hipotecas legales y a las hipotecas judiciales; por lo que respecta a estas últimas, la duda no es posible en cuanto afectan todos los inmuebles presentes y futuros del deudor, y, por tanto, carece de sentido hablar de suplemento de hipoteca; y lo mismo sucede con las hipotecas legales generales, aparte de que en éstas la

(29) SANOJO, *op. cit.*, IV, p. 339.

(30) PONT, *Commentaire-Traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, II, París, 1880, p. 98.

(31) DURANTON, *op. cit.*, X, p. 362.

seguridad es independiente de la voluntad de las partes en cuanto ha sido creada directamente por el legislador y, en consecuencia, no cabe afirmar que la misma ha sido la condición determinante de la obligación constituida (32).

De todas maneras, en relación a las hipotecas legales los civilistas franceses hacen una excepción para el caso de que las mismas hayan sido restringidas por convención o reducidas por resolución judicial; en tal supuesto, si los inmuebles sobre los que se ha concentrado la garantía perecen o se deterioran es justo que el acreedor pueda obtener un suplemento de hipoteca mediante la aplicación del artículo 2.131 o por una regla análoga a la que él consagra, ya que cuando la restricción es consentida o la reducción pronunciada es porque el valor de los inmuebles se ha apreciado como suficiente y bajo la condición de que el mismo permanezca así (33).

En relación al artículo 1.980 del Código civil italiano de 1.865, aunque no faltó algún autor que sostuvo la extensión del precepto a las hipotecas no voluntarias (por ejemplo, Coviello), el grueso determinante de la doctrina se adhirió al criterio restrictivo francés en base a tomar en cuenta, de manera primordial, el hecho de que el referido artículo estaba colocado bajo la rúbrica de la hipoteca voluntaria y de que hablaba de bienes "sometidos" a hipoteca, término este que parece traslucir la actividad voluntaria del deudor (34).

Por lo que se refiere al artículo 2.743 del vigente Código civil italiano hay pareceres en uno y otro sentido, si bien podría decirse que en la dogmática italiana de nuestros días se manifiesta una clara tendencia a extender la aplicación del precepto a las hipotecas no voluntarias. Así, para Andrioli el artículo 2.743 se aplica no sólo a la hipoteca voluntaria, sino a toda especie de hipoteca, pues parece justo afirmar que, si la irrelevancia del caso fortuito no permite limitar el artículo en examen a las hipotecas voluntarias, el presupuesto de hecho al que la aplicación de la norma está subordinada es la pendencia del término de la obligación garantizada; por tanto, el artículo comentado no se aplica a la hipoteca judicial, sino cuando, sucesivamente a la sentencia de condena, se haya estipulado una dilación; se aplica también a las hipotecas legales, exclusión hecha de la que tiene la mujer sobre los bienes del marido por la dote, porque en ella, tratándose de débitos eventuales, no cabe hablar de decadencia del término (35). Rubino no ve motivo para que tendencialmente la norma no se extienda también a las hipotecas no voluntarias: la cuestión consiste tan sólo en determinar los límites de su compatibilidad con las mismas; a las judiciales, que presuponen un crédito ya exigible y consienten inscripciones ulteriores sin necesidad

(32) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, pp. 492-493.

(33) *Ibid.*, p. 493, PLANIOL y RIPERT, *op. cit.*, XII, pp. 413-414.

(34) MELUCCI, *Il sistema ipotecario*, II, Nápoles, 1912, n. 358; BIANCHI, *Delle ipoteche*, I, Turín, 1914, nn. 256 y ss.; CHIRONI, *op. cit.*, II, n. 211, etc.

(35) ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 45.

de nuevo título, será aplicable sólo si se ha acordado dilación en el pago; resulta excluida la hipoteca dotal, porque el régimen especial de la dote, derogando el artículo 2.743, no consiente una restitución anticipada sólo a título de separación; por el contrario, se aplica a la hipoteca del enajenante, que de ordinario es por un crédito a término, mientras de otra parte la limitación de su objeto no concierne a la hipoteca suplementaria, que no es legal, sino voluntaria en cuanto obligatoria (36). De contrario aviso es Gorla, para quien sólo en el caso de hipoteca voluntaria se puede pensar en una obligación del concedente de prestar un suplemento de garantía y en un derecho del acreedor a obtenerlo; por lo demás, el artículo 2.743 es claro ya que habla de una cosa "dada" en prenda o "sometida" a hipoteca, aparte de que en la hipoteca legal contra el imputado y en la judicial el remedio contra la disminución de la garantía es ofrecido automáticamente por el hecho de que el título para la inscripción vale contra todos los bienes del deudor, de manera que siempre se puede tomar el suplemento de garantía; sólo en los otros casos de hipoteca legal el acreedor no tiene remedio alguno contra el deudor por el daño verificado: la ley no reconoce al acreedor interés a demorar el pago garantizándose sobre otros bienes, debe proceder de inmediato por el pago (37).

¿Quid en el Derecho venezolano? Los autores patrios no se han pronunciado sobre el tema.

Lo primero que debe advertirse al respecto es que la ubicación legal de la norma y el empleo por la misma del término "sometidos" no constituyen de ninguna manera argumento decisivo para concluir que en el Código civil de Venezuela la norma en estudio está restringida a las hipotecas convencionales; y, en segundo lugar, que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés, en el Derecho venezolano toda hipoteca es especial (art. 1.879) y, por tanto, parecería que, en principio, las hipotecas legales y judiciales (que no son generales) estarían tan necesitadas de la actuación del precepto como las hipotecas voluntarias. Pues bien, aunque las condiciones parecen dadas para la aplicación extensiva del artículo 1.894 del Código civil venezolano, nosotros nos mostramos adversos a la misma.

S> recordará que la consecuencia jurídica de proceder a la constitución de una garantía complementaria suficiente la hemos conformado como un genuino derecho del acreedor lesionado y verdadera obligación a cargo del deudor (no del concedente, como genéricamente afirma Gorla); ahora bien, siendo esto así tiene razón Gorla cuando señala que sólo en la hipoteca voluntaria cabe pensar en una obligación de prestar un suplemento de garantía y en un derecho del acreedor a obtenerlo, porque sólo en ella la hipoteca ha sido la causa

(36) RUBINO, *op. cit.*, p. 365.

(37) GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, en *Commentario del codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, Libro VI, Bolonia-Roma, 1963, p. 207.

o factor determinante de la obligación asegurada. Las especiales condiciones de la relación obligatoria garantizada fueron establecidas precisamente teniendo como base y punto de referencia la existencia de una concreta y determinada garantía hipotecaria; o si se prefriere en palabras de Laurent, la ley toma en cuenta que la hipoteca es la condición bajo la cuál el acreedor contrató, la condición en razón de la cual hizo anticipos: sin la garantía hipotecaria no hubieran contratado (38). Se explica, así, que únicamente en las hipotecas queridas por las partes tenga sentido hablar de derecho y obligación de hipoteca suplementaria y que carezcan de justificación estas expresiones en las hipotecas no voluntarias.

Por otro lado, en la hipoteca judicial, aun marginando la necesidad de pactar con posterioridad a la sentencia la dilación en el pago, el otorgamiento de un suplemento de hipoteca por parte del deudor carece de sentido, ya que de la misma manera que éste puede limitar la garantía cuando los bienes excedan del doble de valor de la cosa o cantidad mandada a pagar (art. 1.886), puede el acreedor obtener la complementación precisa cuando los bienes hipotecados, por virtud de los deterioros sufridos, ya no representen ese valor doble, y ello sin necesidad de recurrir para nada al artículo 1.894. Y por lo que respecta a las hipotecas legales, en razón de que no cabe considerar que ellas hayan sido la condición determinante de la obligación que aseguran (39) (la hipoteca voluntaria es causa de la obligación, la legal consecuencia), es obvio que en las mismas la disminución sobrevenida de la garantía no puede legitimar al acreedor para exigir una hipoteca suplementaria; aparte de que, como bien dice Gorla (40), la ley no reconoce en ellas interés del acreedor a demorar el pago garantizándose sobre otros bienes, y de que no comprenden algunos de los presupuestos que hacen falta para la aplicación del artículo 1.894 del Código civil.

(38) LAURENT, *op. cit.*, XXX, p. 507-508.

(39) BAUDRY-LACANTINERIE y DE LOYNES, *op. cit.*, II, p. 493.

(40) GORLA, *op. cit.*, p. 207.