

LA HIPOTECA DE DERECHOS HEREDITARIOS

De entre los muchos, mejor, muchísimos, problemas que a diario plantea la aplicación de los textos legales, entresacamos ahora éste, que talvez no ha sido objeto de especial estudio y sobre el cual quizás no se ha detenido suficientemente la atención de los juristas, de los profesionales y de los estudiantes de derecho colombianos, a pesar de su no pequeña importancia práctica.

En la Corte Suprema, en su Sala de Casación Civil, el tema fue objeto de estudio hace algunos años, y lo dicho en su sentencia de 20 de febrero de 1942, que se encuentra publicada a págs. 73 del número 1.983 de la Gaceta Judicial, es posiblemente lo único que hasta el presente se haya escrito en Colombia sobre el particular. Recientemente, según tenemos noticia, la Corte ha vuelto a ocuparse del mismo problema, también como tribunal de casación en lo civil, pero hasta el presente, posiblemente por desacuerdo entre el criterio de unos y otros magistrados, no ha sido dado a conocer fallo alguno.

De conformidad con el Código Civil (art. 2443), "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves". Lo primero que parecería necesario dilucidar sería, por tanto, si el heredero, durante la indivisión, es decir, antes de que se haya llevado a cabo la partición y hecho las adjudicaciones y antes de que éstas hayan sido registradas, tiene o no sobre los bienes que forman la masa hereditaria un derecho de dominio o uno de usufructo; si, dicho de otro modo, él posee esos bienes en propiedad o usufructo.

Sin embargo, como el artículo 2442 dice expresamente que "El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota", lo lógico es sin duda estudiar antes si existe o no cierta analo-

gía entre este caso y el del heredero antes de la partición y respecto de los bienes relictos, para, en caso afirmativo, buscar la solución al problema mediante la aplicación analógica de este último texto legal.

Así lo entendió la Corte en la mencionada ocasión, y fue principalmente porque entendió que la herencia no es sino una comunidad universal y que el mencionado artículo 2442 "no puede entenderse limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase"; por lo que decidió de manera afirmativa la cuestión.

Para un estudio más cuidadoso del problema y también para su mejor comprensión, es conveniente resumir brevemente el caso debatido en el seno de la Casación Civil y transcribir a continuación lo pertinente del referido fallo: una persona constituyó hipoteca sobre una casa que formaba parte del patrimonio relicto en una sucesión en la cual ella era heredera, sin que, por otra parte, nadie discutiera ni el derecho de dominio que el causante tenía sobre la casa hipotecada, ni la calidad de heredero de la persona que sobre ella constituyó la hipoteca. Esta, por último, fue constituida antes de que se hubiera hecho al hipotecante la correspondiente adjudicación dentro del juicio mortuario, es decir, cuando aún la herencia estaba ilíquida. La Corte, con el objeto de negarse a declarar nula esa hipoteca "ante la sola circunstancia de que ese heredero no estuviera provisto ya, cuando la otorgó, del título singular sobre el bien hipotecado, consistente en la adjudicación de éste en debida forma y complementada con su inscripción en el registro", según se lee en la sentencia, dijo entre otras cosas:

"Es verdad que el artículo 1.401 (se entiende, del Código Civil) se refiere a la enajenación sin mencionar la hipoteca; pero a más de que el 779 abarca a ambas, el 2442 no puede entenderse limitado a cosa singular, de suerte que excluya una comunidad de otra clase, ya porque no se vería motivo para establecer diferencia de disposición no habiéndola en las razones, ya porque su redacción misma obliga a reconocer que comprende la pluralidad de bienes, sin reducirse al de uno solo, puesto que expresamente contempla el caso de que los haya de clases distintas, unos hipotecables, otros no, y puesto que habla de bienes —así en plural— adjudicados a los otros partícipes.

"Y no es este simple argumento de orden que pudiera tacharse de meramente gramatical lo que conduce a esa opinión, sino, más aún, la aludida igualdad de razón, consiste en que tanto en la comunidad universal como en la singular, media incertidumbre sobre lo que precisamente acabará por cubrir el haber de cada comunero, y no se ve motivo jurídico para que ante la contingencia de que a cierta persona se adjudique o no esto o aquello, el legislador permitiera en un caso sacar

avante la validez de la hipoteca y negara lo mismo en el otro, al extremo de hacerla absolutamente nula.

"No pueden pasarse por alto las peculiaridades del lapso que transcurre entre la muerte del de cujus y la partición. Entre tanto el heredero o herederos no tienen título inscrito y personal sobre tal o cual de los bienes relictos y al mismo tiempo tienen derecho en todos. Es una época de incertidumbre acerca de con cuál o cuáles bienes se ha de cubrir el haber herencial de cada uno de los herederos y aún sobre ese haber mismo, que sólo se precisará cuando al partir se haga la liquidación a que el legislador atiende expresamente como paso inicial (C. C. artículo 1394).

"Así, pues, aunque sobre lo tocante a título y modo haya las diferencias que el recurrente advierte y el Tribunal no olvida, y aunque las haya entre nuestra legislación y la francesa muy acentuadas en la manera de adquirir por sucesión, ello es que la situación es igual en una y otra desde el punto de vista de la incertidumbre y eventualidad antedichas y de las contingencias consiguientes, tanto en lo relativo a enajenaciones cuanto en lo atañedor a hipotecas tratándose de comunidad, sea singular, sea universal.

"La enajenación anterior a la partición puede tener validez plena porque lo enajenado por el heredero viene a adjudicársele; o puede tener sólo la validez correspondiente a la venta de cosa ajena, con todas las resultas de ésta, si lo enajenado no se le adjudica. La hipoteca anterior a la partición puede tener a su turno la plena validez correspondiente a que lo hipotecado se adjudica al hipotecante o puede, por adjudicarse a persona o personas distintas, carecer de valor al punto de no tenerlo sino en cuanto el consentimiento de los adjudicatarios se lo confiera, detalle éste que apenas ha de traerse a cuento para completar la noción, sin ser, de otro lado, pertinente al caso del pleito.

"Si, pues, —concluye la Corte— hay completa analogía por incertidumbre y contingencias entre una comunidad universal y la singular y si, como ya se dijo, el artículo 2442 no puede ser interpretado ni leído en forma que excluya la comunidad universal o la pluralidad de bienes a que ya se llamó la atención, no puede prosperar el cargo de quebranto de esta disposición legal, porque el fallo recurrido la aplicase en el caso presente". (1).

A los anteriores argumentos de la Corte oponen los que consideran que es nula la hipoteca constituida por un heredero sobre un bien de la herencia antes de que se hayan realizado las adjudicaciones, lo

(1) Sentencia de 20 de febrero de 1942, Gaceta Judicial n. 1938, pág. 73.

siguiente: en el caso de una comunidad ordinaria, ya sea que ella verse sobre uno o sobre varios bienes, el derecho de dominio está radicado en cabeza de cada uno de los comuneros, cada uno de ellos es titular de ese derecho, aunque él no se extienda a la totalidad del bien y aunque no se halle tampoco concretado a una porción determinada de él. Por el contrario, en el caso de la herencia, el dominio sobre los bienes relictos no está radicado en cabeza de los herederos y esta radicación y ella se registra, es decir, en el momento en que ya pasa a ser un bien personal del causahabiente lo que hasta un momento antes era parte de una masa hereditaria.

Así planteado el problema, lo primero que debe estudiarse es, sin lugar a duda, cuál es la naturaleza del derecho que un comunero tiene sobre la cosa común y, especialmente, definir si él posee ésta en propiedad, para luego comparar este derecho con el de un heredero en relación con los bienes que forman el acervo hereditario, para así poder luego concluir si cabe la aplicación analógica del artículo 2442 del Código Civil al caso de una hipoteca que un heredero constituye sobre un bien de la herencia, tal como lo ha sostenido la Corte, o sí, por el contrario, la razón asiste a quienes niegan esa aplicación y afirman la nulidad de semejante contrato de hipoteca.

En relación con esto, la opinión más aceptable parece ser la que reconoce al comunero, aún antes de la división de la cosa común, derecho de dominio, es decir, la que acepta que no es por la división que el comunero adquiere propiedad sobre la cosa, sino que este derecho lo tiene desde antes, aunque es claro no será sino una parte del derecho total. En el particular acogemos lo dicho por Ferrara en su obra "Teoría de las Personas Jurídicas"; "En el condominio, el único derecho de propiedad es dividido por cuotas ideales entre los diversos condómines: todo condueño tiene una fracción, una parte ideal del derecho total, y estos fragmentos de derechos, recompuestos, forman la única propiedad. Así, la subjetividad de los bienes comunes se encuentra fraccionada en varios sujetos: hay una complejidad del elemento subjetivo, como observa muy bien Manenti, una propiedad **pluricéfala**, no **acéfala**". (2).

Pues bien: si esto es así, es indiscutible que el comunero, quien, aunque en unión de otros, posee en propiedad la cosa, puede hipotecarla y que a esta conclusión habría que llegar aunque la ley no tuviese un texto expreso que autorizara tal cosa. Pero podrá decirse otro tanto del derecho del heredero?

(2) Francisco Ferrara, "Teoría de las Personas Jurídicas".

El artículo 665 del Código Civil, al enumerar los derechos reales, menciona entre ellos el de herencia, y esto, por consiguiente, viene a ser un punto en común con el derecho del comunero: ambos son derechos reales. Además, aunque no lo dijese así la ley, todo llevaría a la conclusión que el derecho de herencia es un derecho real, porque no se vé cuál pudiera ser la persona que constituyera, por decirlo así, el otro extremo, para que a ese derecho pudiese considerársele como personal.

Sin embargo, a más de que en el mismo artículo se habla de este derecho después de mencionar el de dominio, y esto podría bastar para sostener que el derecho de herencia no es derecho de dominio, que, por consiguiente, el heredero carece de dominio sobre los bienes de la herencia y que, por último, la pretendida semejanza entre el caso de la hipoteca realizada por éste y el de la constituida por un comunero sobre la cosa común, no existe; a más de esto se encuentra también la respetable opinión de tratadistas de gran autoridad científica como el Dr. Carrizosa Pardo, quien en su obra sobre "Las Sucesiones" establece diferencia entre los dos derechos: el de dominio y el de herencia.

"Uno de los derechos reales mencionados en el artículo 665-2º del Código Civil, —dice el Dr. Carrizosa Pardo— es el derecho de herencia. Fijemos bien su naturaleza. La propiedad que una persona tiene sobre sus cosas se extingue al morir ésta; pero su patrimonio le sobrevive en cierta manera. El heredero, por su título derivado de la ley o del testamento, adquiere el derecho de suceder al difunto en ese patrimonio, en esa universalidad jurídica cuya noción hemos explicado. Este derecho del heredero es distinto del derecho de dominio en cuanto a su objeto: el objeto del derecho de dominio son las cosas corporales (art. 669), mientras que el de herencia versa sobre una cosa incorporal, cual es la universalidad jurídica formada por el patrimonio". Y un poco después: "Así se comprende bien que, en razón de su objeto, la diferencia entre el derecho de dominio y el derecho de herencia no es otra sino la que se funda en que el dominio recae sobre cosas consideradas singularmente, **ut singulis**, y el derecho de herencia sobre la universalidad del patrimonio que las contiene todas. La Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Por la muerte de un individuo el heredero adquiere per **universitatem** el dominio de los bienes de la sucesión, pero no el dominio singular respecto de cada uno de ellos". (3).

(3) Hernando Carrizosa Pardo, "Las Sucesiones", Tercera Edición, Bogotá, 1945, pág. 20, n. 25.

Si esto es así, si el heredero no tiene como tal, es decir, antes de efectuada la partición, dominio sobre los bienes de la herencia, hay que concluir que no vale la hipoteca del derecho hereditario, y parece, en consecuencia, que tanto el Dr. Carrizosa como la Corte incurren en contradicción cuando, después de haber afirmado que existe diferencia entre el derecho de herencia y el de dominio, aceptan la validez de tal hipoteca. Porque, en efecto, entonces tampoco se vé la pretendida semejanza entre este caso, el de la hipoteca del derecho de herencia y el de la hipoteca de su cuota que constituye un comunero, porque no se comprende dónde pueda residir la semejanza entre el derecho de herencia y el que tiene un comunero cuando la comunidad tuvo por origen, v. gr. un contrato de compraventa que varias personas, a un mismo tiempo y de común acuerdo, celebraron para adquirir una misma cosa, o también cuando la existencia de la comunidad se deriva del cuasicontrato de medianería, etc.; pues en todos estos eventos, el comunero tiene derecho de dominio sobre la cosa común.

Por otra parte, si no es porque se considera que hay identidad entre el derecho de un comunero y el derecho de herencia, o mejor todavía, porque se entiende que dentro de lo que el artículo 2442 dice de la hipoteca de su cuota por parte de un comunero queda comprendido también el caso de hipoteca del derecho de herencia por parte de un comunero de herencia por parte de un heredero, no se comprende entonces en qué podría sustentarse la validez de esta hipoteca, ya que la ley (art. 2443) exige que los bienes raíces sobre los que recaiga esa garantía, "se posean en propiedad o usufructo" y sólo menciona por aparte el caso de la hipoteca de su cuota por parte de un comunero. Así parece que lo entendió también la Corte cuando en la ocasión antes mencionada apoyó su decisión afirmativa en el hecho de que a su juicio la hipoteca del derecho hereditario cabe dentro de lo preceptuado por el artículo 2442 para el caso de la que sobre su cuota constituye un copropietario.

Pero es que no parece aceptable que el heredero no tenga derecho de dominio sobre los bienes relictos, y, por consiguiente, es por esto por lo que consideramos que es válida la hipoteca del derecho hereditario, aun que eso sí, sólo cuando es constituída por heredero que obtuvo decreto de posesión efectiva de la herencia, pues sólo entonces su situación, como adelante lo explicaremos, es idéntica en un todo a la de cualquier otro comunero.

Y no parece aceptable la afirmación de que el derecho de herencia es distinto del dominio, de que el heredero no tiene dominio sobre los bienes de la herencia, porque esto llevaría en último término

a sostener que no es por el modo de la sucesión por causa de muerte, sino por el modo de la tradición, que en el caso estaría constituido por el registro de la partición y de la sentencia que le impartió su aprobación, por el que el dominio pasaría del patrimonio del causante al del causahabiente. Además, cuál sería el objeto de ese derecho real de herencia o cuál la cosa sobre que se tendría tal derecho que la propia ley califica de real, si no lo son las que pertenecían en propiedad o usufructo al causante en el momento de fallecer él?. Y, por último, cuál sería el título que tendría un heredero para ejercer acción reivindicatoria de una de tales cosas, o para cobrar una deuda que tercera persona tenía a favor del difunto?. Porque la reivindicación o acción de dominio, conforme al art. 946 del Código Civil, "es la que tiene el **dueño** de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla" (subrayamos), y sólo quien es titular de un crédito puede hacerlo efectivo ejerciendo las correspondientes acciones.

Ni puede sostenerse que el heredero obra en representación de la herencia, lo mismo que no puede afirmarse que un comunero lo hace en representación de la comunidad que surgió, por ejemplo, de un contrato de compraventa celebrado por varias personas, porque la herencia no es persona jurídica, no tiene personería propia y distinta de ésta o para la herencia, equivale a decir que obra en representación de alguien que no existe, que pide para persona inexistente o en nombre de un ser que no tiene existencia propia, lo cual es absurdo. El heredero, pues, cuando ejerce acción reivindicatoria para que un poseedor restituya un bien que antes fue del causante, obra en nombre propio, en cuanto él es ahora el dueño de ese bien, sin que en nada se modifique la situación por el hecho de que su actividad aproveche a otros que también tienen el carácter de herederos respecto del mismo causante; y otro tanto ocurre cuando él cobra un crédito del cual fue titular el difunto: entonces el heredero obra como actual titular de ese crédito, su actuación es personal y no con el carácter de representante de un ser inexistente, cual es la herencia.

Que si el heredero debe acreditar en el juicio reivindicatorio, v. gr., su calidad de tal respecto de quien en el registro figura como dueño y poseedor inscrito del inmueble reivindicado, no es sino con el objeto de comprobar que por el hecho de la muerte de ese poseedor inscrito y de la correspondiente vocación legal o testamentaria, el dominio sobre lo que es objeto de la reivindicación, ni más ni menos que prueba del dominio lo es también la copia de la escritura de compraventa, v. gr., por la cual el difunto adquirió el mismo bien, pero en

modo alguno ello puede significar que quien actúa lo hace en representación de otro y que con ello quiere acreditarse la facultad para obrar a nombre de esta otra persona, como ocurre, por el contrario, cuando el representante de una persona jurídica lleva al juicio las pruebas que acrediten su carácter de gerente de la sociedad, de representante legal de la fundación, etc.

En consecuencia, si el heredero tiene dominio sobre los bienes relictos antes de que se registre la partición, su situación, cuando hay más de un heredero, es idéntica a la de un comunero en relación con la cosa común, y, por consiguiente, habría que concluir que lo preceptuado por el artículo 2442 del Código Civil respecto de la hipoteca de cuota por parte de un comunero, es aplicable también al caso de hipoteca de derecho hereditario, porque, bien miradas las cosas, éste no viene a ser sino cuota en una comunidad universal, y, por otra parte, nada se opone a que la norma del mencionado artículo se aplique no sólo cuando se trata de comunidad sobre cosa singular, sino también a la hipoteca de cuota en comunidad universal, y todavía más, como lo anotó la Corte, el hecho de hablar en plural de bienes, hace pensar que expresamente quiso comprender la ley esta segunda hipótesis.

Sin embargo, la distinción que el artículo 757 del Código Civil establece entre posesión legal y posesión efectiva de la herencia, y más aún el hecho de que la posesión legal que por ministerio de la ley se confiere al heredero en el momento de deferirse la herencia, no lo habilita para disponer en manera alguna de un inmueble "mientras no procede: 1º El decreto judicial que da la posesión **efectiva**, y 2º. El registro del mismo decreto judicial y de los títulos que confieran el dominio", lleva a la conclusión que la situación del heredero y la del comunero en cualquier otra clase de comunidad, una misma en principio, no lo es en realidad dentro del derecho colombiano, mientras el heredero no tenga la posesión que el Código denomina "efectiva", y que, por tanto, no es aplicable lo que el artículo 2442 dispone sobre hipoteca de cuota en una comunidad, a la hipoteca de derecho hereditario, sino cuando ésta se constituye por heredero que tenga a su favor decreto de posesión efectiva.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el heredero antes de que se haya dictado y registrado el decreto de posesión efectiva de la herencia, un comunero, así sea en una comunidad universal que tenga origen en cualquier otro hecho distinto de la muerte de una persona, sí puede disponer, junto con los demás comunero, de un bien raíz o inmueble poseído por todos ellos en copropiedad o condominio.

Cuando, por el contrario, el heredero hipoteca su derecho después que ha sido registrado el mencionado decreto de posesión efectiva, es decir, después que se han llenado las formalidades previstas por el artículo 757, sí es válida esta hipoteca, porque ella cae dentro de la regla del tantas veces mencionado artículo 2442, pues que entonces el derecho que el heredero tiene respecto de un bien inmueble que forma parte del llamado acervo hereditario, en nada se diferencia del que tiene un comunero sobre la casa que en unión de otras personas adquirió por compraventa, o el dueño de una casa sobre la pared medianera que la separa de la del vecino, o, por último, el socio de una sociedad que ya no existe porque expiró el plazo para el cual fue pactada, sobre los inmuebles que fueron de ésta, antes de que proceda la liquidación de la misma. (4).

(4) Sobre si después de disuelta una sociedad, sigue la personalidad jurídica de ella para los efectos de la liquidación, o por el contrario, lo que ocurre es que se forma una comunidad entre los antiguos socios, no hay acuerdo entre los autores, pero nosotros acogemos, porque la consideramos más lógica y fundada la tesis de aquellos que, como el Dr. Eduardo Rodríguez Piñeners, afirman que por el hecho de la disolución deja de existir la sociedad, se extingue la personería jurídica de la misma, y se forma un estado de comunidad sobre los bienes que a aquélla pertenecieron.

Jesús Medardo Rivas Sacconi