

APUNTES SOBRE CREDITO

Las observaciones siguientes no tienen la mira de ser un estudio continuo y ordenado. Son ellas consideraciones aisladas de un tema que puede prestarse a dilatadas meditaciones. Y a la hora de extractar estos apartes, el mundo se estremece ante un derrumbamiento del orden material de las cosas, pero aun más angustioso que esto, ante el cataclismo sin par de principios y sistemas.

Muchas de las normas de hoy y mucho del orden actual tal vez pertenezcan ya a un tiempo pasado. Quizás demasiado pronto empezaremos a comprender que mucho del actual régimen jurídico y no poco de los principios económicos vigentes, son parte solo de "los viejos sistemas".

EL CREDITO

Apartes de una Tesis

Ensayar un estudio completo sobre el Crédito, sería poco menos que presentar un tratado sobre Economía Política.

El Crédito en la Economía se encuentra incrustado a lo largo de todos los problemas que contempla esta ciencia. El comercio, la industria, la agricultura, la banca viven del Crédito que proporciona los capitales para sus respectivos desarrollos; pero esta prestación origina una relación jurídica que es justamente la obligación a plazo, por lo cual este fenómeno entra también en el Derecho. Y por sus relaciones con la propiedad se encuentra igualmente en el terreno social. Son estas las tres grandes funciones por donde puede estudiarse el Crédito: a través de una función económica, de una función jurídica y de una función social.

La vida económica moderna ha permitido que el Crédito domine la casi totalidad de sus actividades. Masas incalculables de riqueza en

sus más variadas formas, encuentran una fácil movilización para llenar los campos de la producción y del consumo. Sumas pequeñas incapaces o inútiles al querer obrar aisladamente, bienes de personas no capacitadas jurídica o económicamente para la disposición, han encontrado—gracias al Crédito—el medio de incorporarse a poderosas empresas. Productores en pequeño, campesinos dueños sólo de su capacidad de producción, empresarios o industriales y comerciantes sin capital, han podido llegar a ser valiosos elementos de la producción merced a la facultad que da el Crédito.

Bien pudiera sintetizarse el concepto económico de la vida moderna como el uso y el abuso del Crédito.

Apreciado éste como una modalidad del *cambio en el tiempo* en vez de serlo en el espacio, según la definición de Gide, lógicamente se llega a la necesidad de estudiar las relaciones permanentes que existen entre la propiedad y sus derechos o, más precisamente dicho, sus manifestaciones, aprovechamientos y usos, así como los deberes correlativos que implica. Contrario al concepto de la propiedad como derecho natural absoluto pero condicionado por una función social, está el principio del individualismo puro. A su polo opuesto encuéntrase la tesis socialista de la propiedad; hay por lo tanto una escala intermedia que respeta la propiedad como derecho natural que es, pero establece un deber que grava ese derecho en cuanto al uso que de ella puede hacer su dueño. A la manera absoluta de los tiempos anteriores para mirar el concepto de propiedad, el derecho moderno añadió la idea de *función* que conserva íntegro el derecho, pero lo somete a la limitación de los derechos ajenos, al interés de una mayoría que predomina sobre la conveniencia, la voluntad o el capricho de uno. No se entiende, por lo tanto, la función social de la propiedad como algo superpuesto o artificial; es de su esencia misma, es algo central que le da su razón de ser. Si la propiedad por su naturaleza misma estuviera en contraposición con el bien general debería desaparecer. El problema sería un dilema: o la propiedad es social o antisocial.

En este orden de ideas, el Crédito es una de las formas de aplicación de aquel derecho por el cual el dueño o poseedor puede delegar el uso de su bien, con libertad igual a la que tiene para usar, gozar y disfrutar de él en forma que pudiera llamarse egoísta. No se concedería la concesión de un crédito por quien al menos no tuviera la calidad de poseedor, cuando no la suma completa de los derechos de do-

minio. Si está, por su calidad de propietario o poseedor en la capacidad perfecta de usar, gozar y disfrutar para su personal beneficio y en forma directa, no menos puede estarlo para delegar en otros esas facultades cuando él no las ejerza o no quiera ejercerlas. Pero esto que presentado en la forma indicada es sólo una facultad, en todo caso de ejercicio opcional, ha pasado al plano de deber en determinados casos.

Ese distintivo de *función* es justamente la limitación que la ley y el derecho ajeno han introducido al ejercicio sin medida de la fórmula romana del *jus utendi, fruendi et abutendi*. Pero, cómo cumplir a cabalidad esta nueva misión encomendada a la propiedad?

En un orden económico-social fundado en estos principios, alcánzase a destacar una acción del Crédito de dilatadas proporciones: sobre bases de un derecho natural de propiedad, lleva el Crédito la misión de conceder a otros el uso y aprovechamiento de aquella. Esa duplicación de la riqueza que se crea mediante el Crédito, pudiera decirse que bajo ciertos respectos, es el ejercicio más amplio de la función social de la propiedad. Confluyendo a su pleno desarrollo y ejercicio reglamentaciones legales e instituciones que sobre este mismo fenómeno funcionan, puede tenerse un esquema que a grandes rasgos, muestra toda la acción del Crédito en este terreno social.

Y lo hasta aquí expresado da base para observar la intervención de este fenómeno en los actos jurídicos: dominada su acción por la forma de la obligación a plazo, el Crédito entonces interviene en todos los contratos de tal tipo, en el arrendamiento, en el comodato, el mutuo, el contrato de trabajo y en los diversos tipos de caución; prenda, fianza, hipoteca por cuanto se atiende en éstas a la forma o calidad de la garantía.

Bajo este mismo aspecto jurídico, el Crédito por cuanto es una manifestación del derecho de propiedad, por cuanto su causa jurídica es el derecho mismo de propiedad, toca con el estudio de todo lo relacionado con la propiedad como derecho y la posesión como hecho.

Una vista completa al panorama de estudio de este interesante fenómeno tocaría también con una análisis, bajo el punto de su funcionamiento y reglamentación en derecho positivo, de las organizaciones de los institutos que a él se dedican bien sea para presentarlo en la forma de crédito territorial con garantías hipotecarias, crédito agrícola, ma de garantías prendarias, crédito popular y sus sistemas de movilización de la propiedad, ahorro y organizaciones cooperativas, como puntos salientes de distintas formas de aplicación crediticia.

DESARROLLO HISTORICO DEL CREDITO

La fácil movilización del capital, merced a las variadas formas que ha adquirido en la actual época, no ha sido la conclusión de un proceso evolutivo corto y sin obstáculos. Prejuicios arraigados en las Edades Antigua y Media y, aun en principios de la Moderna, dificultaron, cuando no retardaron por años y siglos, el desenvolvimiento normal del Crédito.

Su marcha, estrechamente vinculada al desarrollo del comercio y del transporte, al intercambio nacional e internacional, encontró en su principio obstáculos económicos y aun políticos y religiosos de fuerte peso. Baste recordar que una de las discusiones más encarnizadamente sostenida en los tiempos antiguos, especialmente en la Edad Media, fue justamente la relativa a la licitud e ilicitud del interés. De paso será interesante anotar que aun en los tiempos modernos, ruedan sobre el tapete a este propósito las más variadas teorías sobre la legitimidad del préstamo a interés. La teoría del uso, la de la productividad del dinero, la del *lucrum cessans*, la de la abstinencia, la teoría del préstamo a la producción y del valor del tiempo o del *mutuum oneroso* y la de la utilidad social, entre otras, muestran con claridad el afán de todos los tiempos por este problema moral, económico y social (1).

"No prestarás a usura a tu hermano, ni dinero, ni granos, ni otra cualquiera cosa; sino solamente a los extranjeros. Más a tu hermano le has de prestar sin usura lo que necesita; para que te bendiga el Señor Dios tuyo en todo cuanto pusieres mano en la tierra que vas a poseer". Esto ordenado por el Deuteronomio Cap. XXIII—19-20 sólo queda ba atenuado por el perdón de las deudas cada siete años, según mandato del mismo libro sagrado.

"Aquellos que ejerzan la usura no saldrán de sus tumbas sino convulsionados por el demonio, porque han asegurado que no hay diferencia entre la venta y la usura, siendo así que Dios ha consentido la una y prohibido la otra". Dios aparta sus beneficios de la usura y los vierte sobre la limosna".—"Oh creyentes! temed al Señor, y si sois fieles reparad la usura que hayáis ejercido"...—"Si vuestro deudor se halla en situación difícil para pagaros, no lo asedieis; y si queréis hacer

(1) Es de interés sobre este punto la consulta de la obra del ilustrado abogado y jesuita Julián Cock E. "Préstamos de dinero, intereses y usura", tesis de grado.

aun más que darle tiempo, perdonadle la deuda". Son estos principios de El Korán en su Cap. II "La Vaca", vs. 276, 277, 278 y 280. Sea esto una muestra de la importancia religiosa del punto tratado.

Pero si el crédito desde las más remotas edades ha estado vinculado a toda manifestación de actividad económica y encaja su labor en el aprovechamiento de todas las cosas fungibles, cuando el hombre logró simplificar el trueque y apareció la moneda como mercancía intermedia, casi imprescindible en toda operación de compraventa, ésta tomó el lugar irremplazable de medio para iniciar y liquidar toda operación de crédito toda obligación a plazo; de ahí justamente que desde este punto de vista sólo presente real importancia hablar del Crédito bajo su aspecto de CREDITO MONETARIO.

En la vida económica la escena se inicia el día en que las riquezas, materia de él, aun cuando de realización futura, merced a un más amplio intercambio por las necesidades de los pueblos, fueron puestas en el comercio en forma de títulos negociables. Inicialmente en casi todos los pueblos la deuda (crédito) sólo era un lazo personal que unía al acreedor con su deudor; en otras palabras, estaba estrechamente vinculada al cuerpo mismo del deudor que por el incumplimiento de su obligación pasaba a ser una propiedad indiscutible de su acreedor. Pudiera decirse que para el deudor su persona física misma era el fiador de su obligación y de aquí los absolutos poderes dados por avanzadas legislaciones de aquellas épocas al acreedor.

Pasar de la concepción del crédito como vínculo personal, a la representación de esta obligación en un objeto material independiente de la persona del deudor, constituye una de las grandes revoluciones jurídicas de la jurisprudencia romana, el día que por sutiles procedimientos y rodeos, los juristas de aquellos tiempos asimilaron el crédito —lazo personal— a un bien material y finalmente, por inteligentes raciocinios desplazan la primitiva concepción de un vínculo estrechamente personal a una consideración del crédito como objeto material y por ello transmisible por los medios de la novatio y la litis contestatio.

Estaba dado el primer paso. Situada ya la obligación bajo forma de objeto material conforme al derecho romano, el siglo XIII llega a presentarla en títulos escritos negociables. Es este avance el que ha dado una verdadera fisonomía propia al Crédito.

Sin necesidad de citas extrañas, la legislación colombiana a este propósito permite recorrer aún este proceso de evolución, notándose aun el formulismo romano en relación con el movimiento de los títulos

de Crédito.

La ley civil colombiana exige un título. Dice el artículo 33 de la Ley 57 de 1887 que subrogó el 1959 del C. C.: "La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento".

Justamente, el principio transcrito es la consagración y persistencia en la ley colombiana de la evolución cumplida en esta materia en el siglo XIII. Tácitamente los principios romanos subsisten, pues la cesión en derecho colombiano es el derecho correlativo de la obligación existente entre el primitivo acreedor y su deudor. Tal importancia se reconoce a la cesión del título material, que en caso de no entregarse el título mismo, si se han creado efectivamente obligaciones, no ha sido por razón de la cesión, sino de la compraventa. Las formalidades de la notificación al deudor cedido, deberán hacerse con exhibición del título mismo que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente (art. 1961 C. C. col.). De igual manera, el conjunto de disposiciones reglamentarias de la cesión en lo referente a la notificación al deudor cedido y sus nuevas obligaciones para con el cesionario, son nada menos que la herencia de formalismos del derecho romano.

Dadas estas innumerables trabas, que han ido naturalmente en proporción decreciente hacia las nuevas legislaciones, la negociabilidad de un título no podía tener la sencilla facilidad que presenta en los tiempos actuales. Fueron estos los pasos dados en el siglo XV. Un nuevo detalle de extraordinaria significación se añadió y fue la orden de pago a un tercero, o sea, lo que hoy se conoce con el nombre de "endoso". Se dio elasticidad al título de origen simplemente nominativo, más aun, personal.

Este sencillo aditamento vino desde otro campo a introducir un nuevo elemento de incalculable importancia por cuanto la responsabilidad de cada uno de los endosantes quedó comprometida al estampar su firma en el título. Solo faltaba un paso para llegar al estado actual de este largo proceso: los títulos "al portador", transmisibles de mano en mano sin los requisitos civiles, ni aun la formalidad del endoso.

Finalmente, es de interés en este punto, hacer notar la importancia de distinguir si el crédito es de naturaleza civil o simplemente co-

mercial. El primero va regido por el derecho civil, escapa el segundo a los inconvenientes de formulismos y es conocido más propiamente bajo la forma de títulos de crédito, que pueden presentarse en variadas formas: se destinan los unos a activar la circulación de capitales y son conocidos con el nombre genérico de "efectos de comercio"; los otros, cuyo papel se relaciona más con la función monetaria, son los cheques, los billetes de banco y bajo cierta forma y en medida relativa, también los valores mobiliarios.

Es esta, a grandes rasgos, la interesante evolución jurídica del Crédito y los títulos de Crédito. Por este sistema ha llegado a ser posible que un capital sirva a la vez a dos personas distintas: a quien lo toma en carácter de propiedad y a quien se ha despojado de él pero que en compensación recibe un título representativo de un valor y como tal, ampliamente negociable, o, lo que vale decir en otras palabras, convertible en dinero.

CREDITO HIPOTECARIO

En el campo del crédito territorial y atendiendo al riesgo y a la garantía, la forma de obtención de este tipo es casi en forma exclusiva aquella respaldada con hipoteca.

Desde antiguas legislaciones la hipoteca presentó indiscutibles ventajas al acreedor, por ser la más completa seguridad de su crédito. De aquí la preferencia de que siempre ha gozado este fenómeno jurídico sobre el simple acreedor quirografario. Pudiera decirse que la historia de la hipoteca comienza con la muy oscura de la propiedad. La tierra —a todo lo largo de las más variadas legislaciones— siempre ha ocupado un lugar de avanzada en la economía de todos los tiempos.

Etimológicamente hipoteca quiere decir "poner debajo" y al decir de los historiadores, aparece mencionada por primera vez en el *Corpus Juris Civilis*. Uno de los libros sagrados—El Levítico—la menciona pero bajo una forma de temporalidad de no frecuente uso en las leyes actuales, ya que con el establecimiento del año Jubileo, las hipotecas, al igual que las ventas, volvían al hipotecante, al vendedor o a sus herederos.

Dice el Libro Sagrado: "... y santificarás el año quincuagésimo, y anunciarás remisión o rescate general para todos los moradores de tu tierra; pues es el año de Jubileo. Cada uno recobrará su posesión y cada cual se restituirá en su antigua familia". Cap. XXV—10. Y luego

el Vs. 13 del mismo capítulo agrega: "El año de Jubileo todos han de recobrar sus posesiones".

En los pueblos orientales, aseguran los historiadores, que al menos hasta el estado actual de los descubrimientos arqueológicos, no se hallan vestigios de sistemas hipotecarios, como sí los hay de la propiedad y su legislación. Algunos autores afirman ser griego el origen de la hipoteca; otros sitúan en Bizancio el origen de este contrato. Pero hay quienes aun dudan de que en tan lejanas épocas existiere un régimen hipotecario, si se tiene en cuenta que los pocos derechos que el hombre tenía sobre la tierra, escaso campo daban para el establecimiento de gravámenes accesorios como los hipotecarios. Por otra parte, se tienen datos como los de la legislación de Esparta que repartía las tierras conquistadas, pero permaneciendo el suelo con el carácter de inenajenable. En tiempos de Solón se tiene noticia de la obligación en que estaba el vendedor de declarar cuándo su propiedad estaba gravada con hipoteca y a cuánto ascendía el valor de ésta.

Durante el tiempo que en Roma el régimen hipotecario vivió confundido con el sistema prendario, fue de uso especialmente la enajenación fiduciaria. Los abusos originados por estos métodos, motivaron una ramificación dando el nombre de "pignus" propiamente a la prenda o cosa dada en garantía sin transferir el dominio y reservando el nombre de hipoteca para las garantías de inmuebles. A pesar de esta separación—hoy claramente definida en todas las legislaciones modernas—prenda o empeño para seguridades con muebles e hipoteca para las respaldadas con inmueble, en tiempos del pretor Servio la acción recaía indistintamente sobre muebles o inmuebles que gozaban de la acción cuasi-serviana o hipotecaria. Es interesante anotar que esta característica de recaer indistintamente sobre unos y otros bienes se encuentra en la actual legislación del Estado de New York, agregándose el interesante detalle de poder recaer el contrato hipotecario sobre cosas tangibles o intangibles.

De esta manera pudiera decirse que la hipoteca tuvo como origen el contrato de empeño o prenda, siguiendo paralelamente su historia con la de la propiedad.

Al considerar el actual estado del régimen hipotecario, surge en forma natural una primera cuestión: La hipoteca en la forma actual está cumpliendo una función económica adecuada?

A través de todas las épocas se ha caracterizado el régimen de las garantías reales por un marcado sello de egoísmo y un espíritu de pro-

tección en favor del acreedor. Dentro de principios de una libertad teórica de contratación, el legislador de todos los tiempos ha prestado el máximo de garantías a quien permite al prójimo el uso de su riqueza. *Ossibus haeret*, "la obligación adhiere al cuerpo del deudor" fue la fórmula de síntesis presentada por los Glosadores. Si el deudor no paga, su cuerpo mismo pasa a ser propiedad del acreedor quien goza de la facultad de despedazarlo.

Con fundamento en tales razones el punto de vista de los legisladores se redujo a conceder cuantas garantías fueren necesarias en favor del acreedor, para la mejor y mayor efectividad de su crédito. De aquí quizás el que la tierra haya ocupado siempre un puesto de honor y su dominio, independientemente de ser un derecho natural, haya contado con la simpatía en toda hora demostrada de legisladores y acreedores.

Los sistemas de lucha empleados por los hombres y todos los motivos o causas de ellos, han tenido invariable raíz en cuestiones de orden patrimonial; la guerra en las diversas edades ha basado sus puntos de discordia en el dominio de la riqueza; las plataformas políticas, las promesas y halagos ofrecidos por los aspirantes al gobierno, han incluido invariablemente una nominal seguridad de mejor estar a base de un dominio, para cada uno, de mayor cantidad de bienes, no importa que después—no mucho después—pese a programas y promesas, la práctica o los intereses de grupo o momento, marquen orientaciones opuestas. La consecución o conservación del poder en todos los pueblos ha sido una cuestión fuertemente vinculada a la distribución de la riqueza y en forma particular de la propiedad territorial.

Estas breves razones conducen necesariamente a una meditación sobre la evolución que pueda marcarse en estos sistemas de cauciones. Nuestras leyes sobre prenda agraria e industrial y los sistemas de movilización de la propiedad raíz dan base para apreciar un cambio que va verificándose en esta materia. El sistema hipotecario colombiano fundado en el concepto de la propiedad como "el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno", según definición del art. 669 del C. C. colombiano, tal vez empiece a sentir sustanciales modificaciones al apreciar, entre otros, sistemas como los implantados a este mismo propósito por la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras). La misma constitución y reglamentación de las instituciones de fomento del crédito territorial y en forma más amplia, del crédito agrario, son nue-

vos, motivos que conducen a quitar la inflexibilidad que antes caracterizaba el sistema hipotecario.

La propiedad como *derecho*, va cediendo su anterior importancia a la posesión como *hecho*. De aquí justamente el que la preferencia de que siempre ha gozado la garantía hipotecaria, vaya cediendo en favor de tipos más elásticos como la prenda, que por acomodarse en forma precisa a las nuevas necesidades, cumplan más adecuadamente una función económica.

FUNCIÓN ECONOMICA Y JURIDICA DE LA HIPOTECA

“La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” dice el artículo 2432 del Código Civil colombiano. Es un contrato real, sobre inmuebles o naves, accesorio, indivisible por naturaleza, especial y público; además, complementan su especial fisonomía jurídica dos características típicas del régimen hipotecario, son ellas la *especialidad* y la *publicidad* proclamadas en toda la legislación al respecto. No existen por lo tanto en Colombia hipotecas generales sobre todos los bienes de un individuo y por la publicidad que reviste todo contrato de esta naturaleza, cualquiera está en capacidad de saber a ciencia cierta los gravámenes hipotecarios que en un momento dado pesan sobre una determinada propiedad..

Dentro de la anterior estructura, el sistema hipotecario colombiano ha traído para el acreedor estas principales ventajas:

a). Por el hecho de ser este un contrato que versa exclusivamente sobre bienes raíces o naves, el acreedor va ocupando, amparado en la especialidad y publicidad que revisten al contrato, una posición de seguridad ya que el bien no puede ser ocultado o robado al menos en el caso de mayor frecuencia, cuando se trata de inmuebles (arts. 2432 y 2443 del C. C.)

b). Es un contrato solemne sujeto a especiales formalidades de escritura pública (art. 2434) e inscripción en el registro de instrumentos públicos (art. 2435). Así goza de esta publicidad a que hemos hecho referencia al poner al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble (art. 2637).

c). El carácter de indivisibilidad activa y pasiva de este contrato hace que el bien, en forma íntegra, garantice el crédito pudiéndose

extender hasta el duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, el valor de la garantía accesoria (art. 2455).

d). La garantía hipotecaria se extiende no sólo sobre bienes inmuebles, sino sobre todos los que se reputan de esta clase por accesión (art. 658) y a toda clase de aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada (art. 2445).

e). El deterioro o pérdida de la cosa hipotecada da derecho al acreedor para pedir una mejora de la garantía o que se le den seguridades equivalentes y en defecto de ambas cosas, cuando considere insuficiente el respaldo para la seguridad de la deuda, puede demandar el pago inmediato de esta, aun estando pendiente el plazo (art. 2451).

f). El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica la acción personal del acreedor para hacerse pagar sobre bienes que por el deudor no le habían sido hipotecados y aun puede ejercitar ambas acciones conjuntamente también respecto de los herederos del deudor difunto (art. 28 L. 95 de 1890).

g). No hay derecho de excusión por parte de un tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen. Carece asimismo de derecho este poseedor para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados (art. 2453). Se extiende también la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes (art. 2446).

h). El derecho del acreedor está estrechamente vinculado a la cosa misma dada en garantía (art. 2452). El contrato hipotecario confiere el derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido, excepto en la forma de adquisición por pública subasta.

Pero estas indiscutibles ventajas que al acreedor confiere el sistema de garantía bajo forma hipotecaria, no carece por cierto de determinados inconvenientes entre los cuales anotamos como principales los siguientes:

1o.). Contituida la hipoteca en forma solemne el ejercicio de las acciones de que goza el acreedor tiene que tramitarse ante el órgano judicial, ya que el deudor insolvente presentará una resistencia sólo vencible cuando una decisión judicial impone el cumplimiento de lo pactado, pero para tal efecto se hace necesaria la larga tramitación señalada por el artículo 1189 y siguientes del Código Judicial.

20.) De un estado de concesión amplia de créditos, general consecuencia de tiempos de holgura, tiende a sucederse un período lógico de depresión en que la tierra en su gran porcentaje, se encuentra comprometida con gravámenes hipotecarios. El consiguiente estado de paralización, ambiente pesado para las transacciones y baja en los precios, pone al acreedor en condiciones de tener que salvar su crédito mediante el sistema de quedarse con el bien recibido en hipoteca, con lo cual puede caerse en los frecuentes y perjudiciales casos de enriquecimiento sin justa causa.

30.). Desde un punto de vista de la riqueza general es necesario apreciar el estado de abandono natural en que se encontrará el bien que el acreedor se ve precisado a recibirle a su deudor en casos de incumplimiento del contrato. Porque es natural que como consecuencia de una mala situación del deudor, éste pierda el aliciente para continuar haciendo inversiones en el sostenimiento del bien; por lo tanto, al acudir el deudor al sistema de pagar con el bien mismo, éste se encontrará demeritado, posiblemente en condiciones de difícil control para el acreedor, falto de vigilancia y atención, máxime cuando tal bien se halle en puntos distantes de la residencia del acreedor.

Hemos traído con lo anterior una especie de balance a grandes rasgos de la situación hipotecaria apreciada dentro del marco de las disposiciones legales que la reglamentan. Pudiera agregarse que inspirada toda ella en un cierto espíritu de inflexibilidad, de rigidez o de un exagerado deseo de continuar con el sistema de estimación de los bienes raíces como máxima riqueza y garantía, las leyes al respecto contrastan hoy sensiblemente con los avanzados sistemas de regímenes hipotecarios de otros países. Por largos años la legislación ha considerado como casi única, eficaz y sólida riqueza la propiedad inmueble; prueba de ello son los indispensables permisos judiciales para venta de bienes raíces pertenecientes a menores, incapaces o mujeres casadas (para estas últimas, antes de la reforma de la Ley 28 de 1932) y, en general, para todos los casos en que la Ley, con ánimo proteccionista, buscaba la defensa de los patrimonios de quienes, dentro de su sistema, no se consideraba que pudieran valerse por sí mismos. Pero el desarrollo industrial de la hora como la urgencia de medios rápidos para el intercambio de la riqueza, han ido lentamente imponiendo modificaciones a este criterio. No ha desaparecido el valor atribuido al inmueble, pero sí, pudiera decirse, ha variado la forma de utilización de esta riqueza. Y estas ideas son las que van primando en la legislación

moderna; en ellas mismas están fundados los Decretos No. 2059 y 2173 de 1937 sobre lo que se ha denominado "Mobilización de la propiedad raíz".

Desde el campo del deudor podemos hacer el siguiente balance de las ventajas y de los inconvenientes que para él ha traído el actual sistema hipotecario particular:

a). Es la hipoteca, por definición misma, un derecho de prenda sobre inmuebles que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor (art. 243). La tenencia de la cosa permanece en manos del deudor y en consecuencia su aprovechamiento, su uso y goce continúan para él;

b). Consecuencia del principio anterior, el deudor o quien presta el bien tendrá la facultad de rehipotecarlo o enajenarlo a pesar de cualquier estipulación en contrario (art. 2440). Existe pues la facultad de obtener nuevos créditos mediante segundas o terceras hipotecas;

c). Para el tercero que hipoteca sus bienes para seguridad de obligaciones ajenas, queda a salvo su responsabilidad personal, a menos de expresa estipulación en contrario (art. 2454).

d) La facultad concedida al comunero para que antes de verificada la división de la cosa común, hipoteque su cuota, entendiéndose que afectará con esta hipotecación solamente lo que en razón de su cuota se le adjudique en la cosa común (art. 2442), facilita la movilización de este tipo de bienes perjudiciales por muchos aspectos, a la economía general;

e). El derecho amplio reconocido por el art. 2455 de limitar la hipoteca a una determinada suma, sin pasar del duplo del importe presunto o conocido de la obligación principal, aun cuando así se haya estipulado, deja manera al deudor para que acogiéndose a este precepto legal, se prevenga contra abusivas ambiciones del acreedor tentado de exigir un injusto número y valor de garantías. Deja a salvo ese mayor valor de la propiedad, esa plusvalía, y en esta forma el deudor queda con una libertad, al menos en principio, para conseguir nuevos créditos, lo mismo que con cierta libertad para negociaciones de su propiedad que tiene esta parte libre de garantías y peligros.

f). Las razones que hemos expuesto en torno a la preferencia que en toda hora han dispensado a la hipoteca legisladores y acreedores, es justamente el motivo central para que a la sombra de este régimen se haya desarrollado por largo tiempo nuestra economía nacional. Ignorante el país de avanzados sistemas prendarios, ausentes de la legis-

lación sistemas y acciones que garantizaran plenamente los Créditos amparados con otras cauciones, claramente se explica que sólo quedara como respaldo de préstamo la forma hipotecaria.

Pero sobre estas ventajas desgraciadamente han primado y contrarrestado sus benéficos resultados, una larga serie de inconvenientes de los cuales en rápida enumeración consignamos los siguientes:

1o.) Antes del establecimiento y propagación de las instituciones oficiales de crédito se tenían tasas de intereses verdaderamente usurarias. El 24% anual como interés corriente, más tarde o más temprano conducía a la ruina completa del trabajador agrario.

2o.) Los cortos plazos concedidos por el acreedor, condujeron, unidos a los altos intereses, a que la agricultura que no es industria de rápidos rendimientos, no lograra subsistir, no quedando al deudor otro sistema que la entrega al acreedor del bien dado en hipoteca. Hay que agregar ciertos formulismos de la técnica de los préstamos, así como el factor comercial de que bienes dados en hipoteca no es fácil rehipotecarlos con el fin de conseguir nuevos créditos, para apreciar en su conjunto estas dificultades o inconvenientes actuales para el crédito bajo su forma hipotecaria.

A las anteriores consideraciones debe agregarse lo relativo a los dos sistemas acogidos por las legislaciones en torno al régimen hipotecario: el uno que no admite restricción alguna a la absoluta libertad de hipotecación, mientras que el otro en atención a un aspecto social, tiende al establecimiento de restricciones en esa absoluta libertad, declara ciertos bienes inembargables con miras a salvar de futuras ruinas, partes del patrimonio que vaya al sostenimiento de la familia.

La ley colombiana hasta hace algunos años participaba de la primera tesis. La ley 105 de 1931 (Código Judicial vigente) inició la reacción hacia el segundo sistema, pero aun se avanzó más con las leyes 34, 61 y 91 de 1936. Finalmente, a esta labor ha contribuido en forma eficaz la iniciativa particular ideando especiales instituciones intermediarias entre el dueño del dinero y el necesitado de él. Estas sociedades de crédito tratan de dar ventajas al inversionista acreedor añadiendo a la garantía real de la hipoteca, el nombre de una institución seria, las más de las veces patrocinada o respaldada por el Estado. A la vez para el tomador de dinero hay la conveniencia de amplios plazos, intereses moderados y formas de amortización graduales por pagos de cuotas imputables a intereses y capital.

Ampliado así el punto de vista del fenómeno que comentamos se presta a interesantes estudios complementarios: Relacionando el Crédito Hipotecario con los problemas de la rentabilidad de la tierra, el costo de producción en las distintas ramas de la agricultura, los asuntos referentes al interés, los descuentos y redescuentos, la variación fundamental en el criterio de apreciación del valor del bien mueble o, en otra forma, los sistemas de movilización de la propiedad raíz, dan lugar a meditar sobre nuevas cuestiones de íntima relación con los asuntos de la tierra, su productividad y el beneficio que para el país esté representando el nuevo método de la movilización del inmueble y, en general, del régimen de tierras.

ASPECTO SOCIAL DEL REGIMEN HIPOTECARIO

Todo lo anterior constituye en líneas generales este tercer aspecto social. El crédito depende considerablemente de la estabilidad y seriedad de las relaciones jurídicas y económicas. El dinero para poder circular con seguridad y amplitud, para poder incorporarse a la circulación, necesita por sobre todo un ambiente de franca tranquilidad social, económica y política. Y de los estados de elasticidad o retraimiento en el crédito dependen en gran parte las épocas de holgura, facilidad y bienestar en el agricultor. Esta multiplicación de la riqueza, ese permiso de servirse del capital ajeno como Stuart Mill definió el Crédito, controla y domina las épocas de holgura, como los agudos estados de depresión.

Pero dentro del tema que hemos enunciado es necesario dedicar algunas consideraciones al punto que, como ningún otro, empieza a agitar el pensamiento colombiano: es el problema social de la tierra frente a las leyes y sistemas consagrados por el Código Civil encarado hoy a las nuevas concepciones sobre el valor de la posesión, la primacía del trabajo y del trabajador sobre el derecho inactivo de propiedad.

Hacer de cada colombiano un propietario ha sido la frase que ha definido el pensamiento en torno a esta materia. El dominio o propiedad de un lado, la posesión y el trabajo de otro o un derecho y un hecho parecen ser las dos tesis planteadas sobre esta cuestión económico-jurídica de vital trascendencia en los actuales momentos, para la economía del campo. Viejos principios sobre la materia de la adquisición han sido enjuiciados a la luz de nuevas doctrinas de revaluación:

qué es lo accesorio y qué es lo principal a efecto de que éste tenga ese derecho potencial de hacerse a aquel? Es esta la base de los actuales estatutos de régimen agrario.

El Código civil acogiéndose a tradicionales principios vino considerando como cosa fuera de toda duda al dominio como principal, dejando el campo de accesorio a la posesión; el dueño del suelo ha tenido siempre el preferente o potencial derecho de hacer suyas las mejoras plantadas en él porque estimó que en el conflicto de dos propietarios —el del suelo y el de las mejoras— el derecho de lo accesorio debía ceder a favor de lo principal. Sin embargo, esta tradicional tesis empieza a ser revisada en forma fundamental: la propiedad ha quedado subordinada para su conservación a una posesión mediante la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño; en consecuencia, aquel derecho de lo principal para hacerse a lo accesorio pasó, por obra de estas nuevas tesis, a radicarse en quien fuera el poseedor económico del suelo. Pudiera decirse que es la consagración legal de ese "derecho de la producción" a que se refieren los modernos comentaristas.

Son estas las ideas que han encarnado entre nosotros en el actual estatuto de Tierras (Ley 200 de 1936). A la luz de los viejos principios del Código Civil lo principal era la tierra, el derecho de propiedad consagrado en forma absoluta; la Ley de Tierras ha invertido la tesis: lo principal es la posesión, a ella accede la propiedad.

En esta forma el cultivador colombiano empieza a cumplir aquel desideratum de convertirse en un propietario, no ya al amparo solamente de una fuerza económica que le otorgue ese estado, sino por virtud, casi por fuerza, de disposiciones legales que han desplazado ese concepto de derecho a una posición inferiorizada, subordinada al hecho de la posesión; pudiera decirse, han dado la categoría de derecho a lo que bajo el estatuto civil sólo era un hecho. La posesión, de esta manera, es un derecho.

Pero cómo empieza a obrar este régimen dentro de la economía nacional? Será el problema de la producción agrícola en Colombia, solamente un problema de la tierra?

Es este el par de interrogantes que inquietan en los momentos actuales la opinión del país. Y ellos entrañan un triple considerando jurídico, social y económico.