

no le pague. Pero la misma sentencia es del todo extraña al derecho de preferencia que un acreedor reclamara contra los demás acreedores. Esta preferencia no puede resultar más que de la convención de la ley ó de un testamento. Y cuando el acreedor persigue á su deudor judicialmente no hay más convención que la de hipoteca; es simple acreedor quirografario y, como tal, no tiene más que una prenda general en los bienes de su deudor; si éste es insolvente el acreedor que lo persigue va en contribución con los demás acreedores. ¿Con qué derecho cambia esta prenda general, que no le da ninguna preferencia, por una hipoteca judicial que le asegura la preferencia? Esto es modificar la ley del contrato en perjuicio de la masa quirografaria, lo cual no está conforme con la justicia ni con la equidad. (1)

191. ¿Puede el juez conceder una hipoteca especial al acreedor, á título de sanción de la condena pronunciada en su favor? Hemos contestado de antemano á la pregunta al establecer el principio de orden público que rige esta materia (núm. 187). No toca ni al juez ni á las partes derogar leyes de interés general, y el régimen hipotecario es una ley de orden social. De aquí se sigue que el juez no tiene el derecho de crear hipotecas ni generales ni especiales. Se cita una sentencia de la Corte de Bruselas como reconociendo implícitamente este poder á los tribunales. (2) Deduciendo por un argumento *a contrario* esta consecuencia de la sentencia, argumentación siempre peligrosa, todo lo que hay que decir es que si tal fué el pensamiento de la Corte se engañó.

1 Martou, t. II, p. 306, núm. 698. Informe de la comisión especial y de la comisión del Senado (Parent, ps. 26 y 412). Véase la discusión en la Cámara de Representantes, sesiones de 1.º y de 3 de Febrero de 1851 (Parent, p. 235 y siguientes). La hipoteca judicial fué desechada por 59 votos contra 62.

2 Bruselas, 7 de Noviembre de 1853 (Pasicrisia, 1854, 2, 53). En sentido contrario Martou, t. II, p. 321, núm. 702, y Cloes, t. II, p. 44, núm. 1007.

Distinta es la cuestión de saber si el juez puede condenar al deudor á constituir una hipoteca en provecho del acreedor. La doctrina y la jurisprudencia lo admiten. (1) Esto nos parece dudoso, puesto que supone el libre concurso de las partes contratantes; esto sería una hipoteca impuesta por el juez. Ninguna disposición de la ley autoriza al juez á sancionar sus decisiones con una hipoteca que obligara á consentir al deudor. Esto sería una hipoteca procedente indirectamente del juez, y el juez no puede crear hipotecas (núm. 187).

Aun se presenta una dificultad en esta materia. ¿Si el deudor prometió constituir una hipoteca en favor de su acreedor puede el juez contrarrestarla y en qué sentido? Trataremos sobre este punto en el título *De las Hipotecas Convencionales*.

### § III.—QUÉ BIENES SE PUEDEN HIPOTECAR.

#### ARTICULO 1.—*De los inmuebles.*

##### *Núm. 1. De los inmuebles por naturaleza.*

192. La ley determina los bienes que pueden ser hipotecados; estos bienes son los únicos susceptibles de hipoteca. Esto es lo que dice el art. 45. Los términos son restrictivos. Tal es el carácter de todas las disposiciones relativas al régimen hipotecario, aunque la forma de la ley no sea restrictiva (núm. 187). Esta es una cuestión de interés general, pues la determinación de los bienes que pueden gravarse con hipotecas sólo la ley puede decidirlos. Es, pues, de principio que los bienes que no están comprendidos en el texto no pueden hipotecarse.

193. De aquí se sigue que los muebles no pueden ser hi-

1 Martou, t. II, p. 321, núm. 703; Cloes, t. II, ps. 44 y siguientes, núm. 1007. Bruselas, 22 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 131).

potecados. En efecto, el art. 45 no comprende en su numeración más que los inmuebles, lo cual es decisivo. Además, la definición de la hipoteca dice que es un derecho real en un inmueble. ¿Por qué la ley permite hipotecar todos los inmuebles cuando establece privilegios mobiliarios? Desde luego se puede decir que la mayoría de los privilegios mobiliarios son generales; el más usual de los privilegios especiales es el del dador: tiene un carácter de generalidad; estos derechos dan una garantía al acreedor en el sentido de que el mobiliario que está gravado se renova sin cesar. Y el principio de especialidad no permite hipotecar la generalidad de los muebles; y las hipotecas sobre ciertos muebles ofrecerían poca garantía, puesto que el acreedor no podría gozar del derecho de prosecución; la hipoteca sin este derecho habría sido derisoria por la facilidad del deudor de enajenar las cosas mobiliarias. Es, pues, porque los muebles no tienen prosecución por lo que el Código Civil y la ley belga no admitieron la hipoteca de los muebles.

El art. 46 (Código Civil, art. 2119) reproduce el antiguo adagio conforme al cual «los muebles no tienen prosecución por hipoteca.» No se ve cuál es la utilidad de esta disposición. En el derecho antiguo el adagio tenía razón de ser; se admitía que los muebles podían hipotecarse, pero se negaba á esta hipoteca el derecho de prosecución. (1) El legislador moderno abolió las hipotecas mobiliarias; desde luego sería inútil decir que los muebles no tienen prosecución por hipoteca. Sin embargo, se puede decir que este adagio completa el principio formulado por el art. 2279; en virtud de la regla de que en materia de muebles la posesión vale por título el propietario no puede reivindicar los objetos mobiliarios que le pertenecen contra un poseedor de buena fe; y al principio de que los muebles no tienen prosecu-

1 Loyseau y de Ghewiet citados por Martou, t. II, p. 331, núms. 772. Compárese Valette, p. 212, núm. 129; Pont, t. I, p. 434, núm. 414.

ción se opone que un derecho real cualquiera sobre un objeto mobiliario se ejerza contra un tercero detentor. Esto es quitar á los derechos reales mobiliarios una parte de su eficacia, pero es, al mismo tiempo, facilitar la circulación de todos los valores mobiliarios. Decimos de todos los valores porque el art. 2119 (Ley Hipotecaria, art. 46) es más general que el 2279, que se aplica sólo á los muebles corporales. (1) Trataremos este punto en el título *De la Prescripción*.

194. Hay bienes inmuebles que han sido mobilizados: son las rentas inmobiliarias que en el derecho antiguo se consideraban como inmuebles. La jurisprudencia admite que se han hecho muebles implícitamente por la ley de 11 Brumario, año VII (t. XXVII, núm. 56). Por consecuencia, dichas rentas no pueden ser lesionadas con hipotecas, y, por otra parte, los acreedores rentistas no tienen el derecho real inmobiliario de que jamás estuvieron investidos. Se podría deducir que no tienen ninguna garantía. Esto habría sido despojarlos de un derecho de adquisición, y no fué tal la intención del legislador. Los decretos han llenado el vacío que se hallaba en la ley (2) al consagrar la interpretación que les dió la jurisprudencia. (3) Sería inútil discutir esta interpretación; teniendo los decretos fuerza de ley desaparecen las dudas.

195. Son susceptibles de hipoteca según el art. 45: 1.º los bienes inmobiliarios que estén en el comercio. Los inmuebles deben estar en el comercio porque la hipoteca sobre bienes que no estén en el comercio no tendría ninguna utilidad. Si la hipoteca es una garantía es por la facultad que tiene el acreedor de vender el inmueble hipotecado pa-

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 112 y siguientes, nota 2, pfo. 256.

2 Decretos de 12 de Diciembre de 1808, art. 11; de 9 de Diciembre de 1811, art. 37; de 1.º de Marzo de 1813, art. 5. Los que se pusieron en vigor por la ley francesa en los países reunidos.

3 Véanse las sentencias en Aubry y Rau, t. II, p. 458, nota 12, pfo. 224 ter.

ra pagarse con el precio de preferencia á los acreedores quirografarios. ¿De qué serviría una hipoteca sobre bienes que no se pudieran vender? Hé aquí por qué los bienes dotales bajo el régimen dotal no pueden hipotecarse; en principio la ley los declara inalienables (art. 1554).

Los autores formulan el principio en otros términos: para que un inmueble se pueda hipotecar se necesita sea embargable; la venta del inmueble hipotecado por promoción del acreedor no se hace por enajenación voluntaria, se hace por expropiación forzada; luego en embargo inmobiliario. La fórmula práctica del principio es, pues, la de los autores: *Únicamente son susceptibles de hipoteca los inmuebles que puedan ser objeto de un embargo inmobiliario, conforme á las leyes del procedimiento.* (1) Es por esta razón por lo que el art. 45 está concebido en los mismos términos que el art. 1.º de la ley de 15 de Agosto de 1854, que dice: «El acreedor puede perseguir la expropiación: 1.º de bienes inmobiliarios y de sus accesorios reputados inmuebles de la propiedad de su deudor; 2.º de los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie que pertenezcan al deudor de los bienes de igual naturaleza.»

Por *bienes inmobiliarios* la Ley Hipotecaria y la ley sobre expropiación forzada abrazan los bienes que el Código Civil declara inmuebles por su naturaleza; es decir, los fundos de tierra y las construcciones. A decir verdad los terrenos son los únicos bienes que son inmuebles por su naturaleza; las construcciones se componen de objetos mobiliarios que se hacen inmuebles por su incorporación al suelo; hablaremos de ellos al tratar de los muebles hechos inmuebles. La ley de 1854 agrega: pertenecen á la *propiedad del deudor.* Por *propiedad* se debe entender no sólo toda la propiedad sino también la nuda propiedad; la ley no dis-

1 Valette, p. 185, núm. 127; Martou, t. II, p. 332, núm. 714. Denegada, 10 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 111).

tingue, y no habría lugar á distinguir, puesto que la nuda propiedad es un inmueble que está en el comercio y que es embargable.

196. También se pueden hipotecar bienes indivisos: la validez de la hipoteca dependerá de la partición. En tanto que no se haga la partición los acreedores no pueden embargar la parte indivisa del deudor; el acreedor que tiene una hipoteca en una parte indivisa debe, pues, comenzar por provocar la partición, y siempre puede intervenir en ella para resguardar sus derechos. La ley de 15 de Agosto de 1854 contiene muchas disposiciones en favor de los acreedores hipotecarios. Nos limitaremos á transcribir las refiriéndonos al magnífico comentario de Martou y Vandekerckhove, continuado por M. Waelbroeck, nuestro apreciable colega. Si el inmueble indiviso que está gravado con la hipoteca está licitado, y si se adjudicó á otra persona que no sea el colicitante que consintió la hipoteca, el derecho del acreedor hipotecario recaerá en la parte del deudor en el precio. En caso de partición con saldo las sumas que el copartícipe gravado con el saldo estaría obligado á pagar estarán afectadas á los créditos hipotecarios que pierden este carácter cuando el inmueble hipotecado cae en el lote del copartícipe deudor del saldo respecto al copartícipe que es su acreedor; el saldo representa una parte del inmueble por el cual la hipoteca fué mantenida si hubiese sido puesta en el lote del heredero que hubiera hipotecado su parte indivisa; la ley reporta la hipoteca en el saldo (artículo 2).

197. Hay un caso en el cual el propietario no puede ni enajenar ni hipotecar. La ley de 15 de Agosto de 1854, art. 27, dice: «El deudor no puede, desde el día de la transcripción del embargo ó de la condena, ni enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados ó señalados por la condena bajo pena de nulidad y sin que haya, necesidad de pronun-

ciarla." Como muy amenudo estaremos precisados á citar esta disposición nos detendremos en ella un momento. La prohibición de hipotecar no es, en este caso, la consecuencia de la prohibición de enajenar; la enajenación se prohíbe al deudor porque nulificaría el embargo que sólo puede trabarse contra el detentor actual; mientras que la constitución de la hipoteca no impediría continuarse el embargo porque no amenaza en nada á los acreedores hipotecarios que conservan su lugar. Si la ley no permite al embargado hipotecar no puede ser más que en interés de los acreedores quirografarios. La ley de 1851 suprime la hipoteca judicial; si se hubiera permitido hipotecar al embargado podría substraerse al efecto de la sentencia pronunciada contra él hipotecando sus bienes durante el curso del embargo. Hé aquí por qué el legislador belga ha reportado la incapacidad de enajenar y de hipotecar el día de la transcripción de la condena, mientras que, según el Código de Procedimientos, no comenzaría sino á partir de la denuncia del embargo. De esta manera el acreedor embargante puede señalar los bienes con inalienabilidad desde el principio del procedimiento, puesto que la condena precede al embargo. (1)

198. Se presenta la cuestión de saber si el secuestro de guerra hace á los bienes inalienables é impide, por consecuencia, al propietario hipotecarlos. Se ha juzgado que este secuestro sólo quita al propietario la administración de los bienes y, por consecuencia, el goce; pero no suspende el ejercicio del derecho de propiedad. Por consiguiente, las hipotecas consentidas durante el secuestro se declararon válidas. (2)

199. La ley coloca aún entre los inmuebles de la naturaleza los frutos en pie, en ramas ó en raíces; pero el artícu-

1 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854 (t. II, p. 261, art. 27, núms. 6 á 8).

2 Lieja, 19 de Julio de 1819 [Pasicrisia, 1819, p. 434].

lo 520 agrega que los frutos son muebles desde que se cortan ó se desprenden. Sucede lo mismo con la leña, que se hace inmueble á paso y medida que se cortan los árboles (artículo 521). De lo que se sigue que no se pueden hipotecar los frutos separadamente del terreno; esto sería hipotecar una cosa mobiliar, puesto que los frutos son muebles cuando se les considera en una convención como debiéndose desprender de la tierra. Los frutos no pueden hipotecarse sino con el fundo; mejor dicho, la hipoteca que grava el fundo grava necesariamente los frutos, puesto que éstos forman parte del fundo. En la teoría del Código los frutos no son más que un accesorio del fundo, se confunden con el partícipe del fundo; lo mismo que el Código considera como inmuebles, por su naturaleza, las construcciones en razón de su incorporación con el suelo y no á título accesorio.

La teoría del Código no es exacta. Hay una diferencia esencial entre los inmuebles por naturaleza; es decir, los fundos de terreno y los inmuebles por incorporación, como las construcciones y los frutos. La tierra nunca deja de ser inmueble, no se la puede movilizar; luego la hipoteca que la grava es permanente y perfecta; las construcciones, al contrario, pueden destruirse y los frutos se desprenden necesariamente del suelo en su madurez. Nace entonces la cuestión de saber en lo que se convierte la hipoteca. La solución depende, en parte, de la influencia que la hipoteca tiene sobre los derechos del propietario del inmueble; la examinaremos más adelante.

200. La ley de 21 de Abril de 1810 dispone que las minas son inmuebles (art. 8). Es un inmueble por incorporación, lo mismo que los frutos. La ley parece considerar las minas como un inmueble por naturaleza; hay, en efecto, bajo este punto de vista de la clasificación, identidad entre