

más que la superficie separada del suelo, que el locatario no tiene el derecho de hipotecar; luego si el albañil dice que la hipoteca recae en un inmueble porque toda la casa es un inmueble el jurisconsulto dirá que la hipoteca constituida en una superficie sin estarlo en el suelo está establecida en una cosa mobiliar. Es decir, que la superficie no puede ser hipotecada separadamente del suelo.

La Corte de París se pronunció en el mismo sentido: toda construcción, dice, es necesariamente un inmueble; se trataba solamente de saber quién puede hipotecar, el propietario ó el locatario. Los términos del arrendamiento deciden la cuestión; y en la especie el contrato decía que las construcciones hechas por el inquilino quedaban de su propiedad. (1) Lo que parece determinar á la Corte y, en general, á los jueces del hecho es la importancia de las construcciones que los inquilinos hacen en un arrendamiento industrial; ¿esos valores que crea no le deben dar un crédito inmobiliario? Sin duda, lo exigiría así la equidad si no se tuviera en cuenta el interés de los acreedores hipotecarios; pero la masa quirografaria tiene igualmente sus intereses y ¿no son estos últimos los que deben prevalecer cuando se trata de las relaciones de un locatario con los terceros? Después de todo la cuestión debe decidirse no conforme á los intereses que están comprometidos en este debate sino conforme á los principios de derecho.

Hay una hipótesis en la que la jurisprudencia está conforme con nuestra opinión. El arrendamiento dice que el arrendatario está obligado á levantar en el plazo de un año las construcciones determinadas por el acta y que al acabar

1 París, 23 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Compárese París, 30 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La cuestión se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica, que se limitó á decidir que admitiendo que el inquilino tenga un derecho inmobiliario en las construcciones que haga este derecho es resoluble y no da al acreedor hipotecario más que un derecho resoluble (Denegada, 5 de Noviembre de 1852 (Pasierisia, 1853, 1, 67).

el arrendamiento pertenecerán al dador sin indemnización. En este caso el arrendatario no tiene más que un simple derecho de goce en las construcciones, como sobre el suelo, siguiéndose que no puede hipotecar los bienes que no le pertenecen. (1)

En el silencio del arrendamiento surgen otras dificultades en las construcciones que hace el arrendatario: ¿cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes contratantes en razón de estas construcciones? Nos trasladamos á lo dicho en el título *Del Arrendamiento* (t. XXV, números 175-185).

217. Se presenta una cuestión análoga para las construcciones levantadas en un terreno que depende del dominio público con la autorización expresa ó tácita del Gobierno. En nuestra opinión estas construcciones son mobiliarias y, por consiguiente, pueden ser hipotecadas (t. V, número 418). (2) Aquí la incorporación es legalmente imposible, pues si se hiciera, la construcción haría parte del dominio público como el suelo, y desde luego no podría tratarse de hipotecarlo; pero la incorporación no puede hacerse, pues no pertenece á particulares crear un dominio público; esto es contradictorio en sus términos. A decir verdad no puede tratarse de derecho de propiedad en el caso, puesto que la construcción es de pura tolerancia y esto no da ningún derecho.

Sin embargo, ha sido sentenciado que el arrendatario de un terreno que hace parte del dominio comunal y colocado fuera del comercio por su destino público podía hipotecar la construcción que en él había levantado con autorización del municipio. La sentencia de la Corte de Orleans que adopta los motivos de los primeros jueces está débilmente motivada. No es dar un motivo el citar artículos del Códici-

1 Denegada, 9 de Junio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).

2 En sentido contrario, Pont, t. I, p. 371, núm. 350.

go Napoleón sin decir una palabra de las dificultades de que el tribunal no parece tener ni sospechas. (1) Semejantes decisiones no son para dar crédito á la jurisprudencia; no ministran seguramente ningún apoyo á la opinión que combatimos.

218. La hipoteca es también un derecho inmobiliario en la opinión que hemos enseñado; mejor dicho, según el texto de nuestra Ley Hipotecaria (núm. 174). En el derecho antiguo se admitía, conforme al derecho romano, que la hipoteca podía ser hipotecada. He aquí en qué sentido. El que había estipulado una hipoteca semejante ejercía en suborden los derechos atribuidos al acreedor hipotecario que había constituido hipoteca. Esta colocación en suborden no está admitida por nuestras leyes de procedimientos. Desde luego la hipoteca de la hipoteca no tiene razón de ser. Además el silencio del art. 45 basta para desecharla. (2)

Otra es la cuestión de saber si el acreedor hipotecario puede ceder su derecho de preferencia sin el crédito en el que está ligado. La dificultad se presenta sobre todo por la hipoteca legal de la mujer. La examinaremos más adelante.

219. El art. 256 coloca también entre los inmuebles las acciones inmobiliarias por el objeto á que se aplican. No quedan comprendidas en la enumeración del art. 45 (Código Civil, núm. 2118), lo que basta para decidir la cuestión de saber si se puede hipotecar una acción tendiendo á poner un inmueble en el patrimonio de aquel á quien pertenece. La hipoteca de una acción no hubiera ofrecido ninguna utilidad, pues hubiera versado en un derecho que el acreedor no podría ejercer sino después de haberlo perseguido en justicia; es decir, en un derecho litigioso, y la hipoteca tiene por objeto dar al acreedor una garantía segura versando en un objeto cuyo deudor es propietario. Era

1 Orléans, 19 de Abril de 1866 (Daloz, 1866, 2, 94).

2 Pont, t. 1, p. 415, núm. 394. Valette, p. 206, 3.ª cuestión.

además inútil permitir la hipoteca de una acción, puesto que el que tiene una acción de nulidad, de rescisión ó de resolución relativa á un inmueble puede hipotecar el inmueble directamente: la validez de la hipoteca dependería del resultado de la acción. (1) Volveremos á este punto en el capítulo *De las Hipotecas Convencionales*.

220. Las concesiones que el Gobierno hace para un ferrocarril, un canal, un puente, ¿dan al concesionario el derecho de hipotecar, ya sea el camino férreo, el canal ó el puente, ya sean los peajes por percibir, ya el derecho en virtud del que se perciben éstos? La negativa es segura en todos conceptos; hasta que las concesiones no estén comprendidas en el texto del art. 45 para que no sean susceptibles de hipoteca. (2) En teoría la cuestión de saber cuál es el valor de estas cosas es muy dudoso. Esto es un derecho de particular carácter que es imposible clasificar entre los derechos de que habla el Código Civil, pues cuando la aplicación del Código Civil no se conocían las concesiones; los grandes trabajos ejecutados por concesionarios les eran ordinariamente atribuidos á título de propiedad. Lo que prueba que los derechos de los concesionarios no son derechos mobiliarios en el sentido tradicional de la palabra es que hay leyes que autorizan la hipoteca de los productos de los ferrocarriles concedidos. La Corte de Nimes dice que esto es una excepción en una materia en que no se sabe cuál es la ley belga. Esto es un vacío que sólo el legislador puede llenar. Traducimos á lo dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 29-35).

1 Valette, p. 204, 2.º, y todos los autores. Denegada, 14 de Abril 1847 [Daloz, 1847, 1, 217].

2 Nimes, 2 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 41). Denegada, Sala Civil, 20 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 308).