

alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios (1).

Á la razón de que considerados aisladamente no son bienes raíces, sino muebles, se agrega otra importantísima, la de que no son enajenables según las leyes de Partida, que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios, é impedir actos que á veces más podrían considerarse como de un vandalismo grosero, que como verificados bajo la protección tutelar de las leyes. Ver, en efecto, que para pagar á un acreedor no se pone en venta la casa, sino que se empieza por quitar las tejas que la cubren ó las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales á la venta, sería repugnante é indigno de un pueblo civilizado. (*Exp. de mot.*)

*Tercero.* Los oficios públicos (2).

*Cuarto.* Los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de Bancos, empresas ó compañías de cualquiera especie (3).

*Quinto.* El derecho real en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aún inscriptas á favor del que tenga el derecho á poseer (4).

El heredero por la muerte del testador entra á ocupar su lugar en la continuación jurídica de su persona; pero aunque por una ficción de la ley se entiende traspasado á él el dominio de los bienes hereditarios, esta transmisión depende del hecho de la aceptación, de que las cosas no se hayan legado determinadamente á alguno, y de la *inscripción*, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar á un tercero. Necesario era que la ley de Hipotecas se pusiera en relación con la civil, que repugna, especialmente respecto á sucesiones, la enajenación de la esperanza de los que tienen la presunción de suceder á persona determinada, medida justa y profundamente moral, cuyo fundamento explica el legislador de las Partidas en estos términos: *porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes por cobdicia de los aver*. Lo que se dice de los derechos hereditarios es aplicable, aunque no con tanto motivo, á todos los demás títulos de adquirir los derechos reales. (*Exp. de mot.*)

*Sexto.* Las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada (5).

Lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con estas servidumbres (las reales), tampoco puede ser objeto de hipoteca: una y otra prohibición

(1) Núm. 2.º, art. 108, L. Hip.

(2) Núm. 3.º, art. 108, L. Hip.

(3) Núm. 4.º, art. 108, L. Hip.—Por negarse la calidad de inmuebles á estos bienes, según el art. 4.º de la ley, es por lo que no se pueden hipotecar.

(4) Núm. 5.º, art. 108, L. Hip.

(5) Núm. 6.º, art. 108, L. Hip.

se fundan en el principio de que en tanto hay servidumbre real en cuanto hay predio en cuya utilidad esté constituida. El Derecho romano así lo estableció expresamente respecto á las servidumbres de los predios urbanos; y aunque admitió la posibilidad de hipotecar las servidumbres de predios rústicos, dando fuerza al pacto en que se constituían en favor de un acreedor, mientras no fuere pagado, esta servidumbre sólo podía constituirse en favor del que tenía un predio inmediato, y si al cumplir el plazo el deudor no pagaba, la enajenación podía hacerse únicamente á favor de quien tuviera también un predio vecino.

No puede estar comprendida en esta regla general la servidumbre de aguas. La ley Hipotecaria, en esto, está en armonía con las prescripciones de las Partidas que establecieron de un modo terminante, como excepción, que la servidumbre de agua que naciese de una heredad y regase otra, pudiera, después de llegar al predio sirviente, cederse para regar campo ó viña cercanos. Esto no es constituir una servidumbre sobre otra servidumbre, sino ceder el dueño del predio dominante una parte del agua que ya es suya desde el momento en que llegó á su destino. (*Exp. de mot.*)

*Séptimo.* El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto (1).

Entre las cosas que pueden hipotecarse, aunque con restricciones, se comprende el derecho de percibir los frutos en el usufructo. Esta regla, aunque tiene cierto carácter de general, no debe ser extensiva á los usufructos constituidos por el legislador. En este caso se halla el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto. No debe permitirse á los así favorecidos que, recibiendo anticipaciones sobre lo que se les da sólo en concepto de jefes de familia para la manutención de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligación, ni que consuma la viuda prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y á la buena memoria de la persona á que estuvo unida en el vínculo conyugal. (*Exp. de mot.*)

*Octavo.* El uso y la habitación (2).

El derecho del usuario está tan limitado por las leyes de Partida, que no le es lícito arrendar ni conceder el uso gratuito de la cosa, y por lo tanto, mucho menos enajenar el derecho que le corresponde, de donde se infiere que no puede tener la facultad de hipotecar ni la cosa ni su uso. Lo mismo debe decirse de la habitación, en que, si bien está autorizado el que la tiene constituida á su favor para arrendar la morada en que consiste (3), nunca puede enajenar su derecho, y por lo tanto, tampoco hipotecarlo. (*Exp. de mot.*)

(1) Núm. 7.º, art. 108, L. Hip.

(2) Núm. 8.º, art. 108, L. Hip. Concuerda con el art. 525 Cód. civ., inserto y explicado en los núms. 42 y 68, Cap. XXII de este Tomo.

(3) Ya hicimos notar la modificación que en este punto introduce el Código en el concepto del derecho de habitación. Véanse los núms. 42 y 69, Cap. XVII de este Tomo.

*Noveno.* Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva, aunque estén situadas en terreno propio (1).

En efecto: hasta que se obtiene dicho título de concesión no hay dominio, y el dueño de la superficie no lo es del subsuelo, á no ser que haya obtenido del Estado su propiedad por consecuencia de haberla adquirido con arreglo á las prescripciones de la ley de Minería. (*Exp. de mot.*)

Las hipotecas legítimamente constituídas sobre bienes que no son hipotecables con arreglo á la ley, se regirán, mientras subsistan, por la legislación anterior (2).

Ciertos bienes, que eran hipotecables al publicarse la ley, estaban en este tiempo hipotecados y por virtud de la ley dejaban de tener aptitud para serlo. Pueden servir de ejemplo los oficios enajenados de la Corona: y por eso no pudo menos de fijarse cuáles serían en lo sucesivo los efectos de estas hipotecas anteriores. La ley no vaciló en lo que debía hacer: salvar todos los derechos constituidos y adquiridos bajo el amparo de las leyes, y no cambiar en nada, ni su extensión, ni su eficacia, declarando una vez más que la ley no tiene fuerza retroactiva. (*Exp. de mot.*)

d. *Hipotecas sobre cosas sujetas á condiciones resolutorias pendientes.*—El poseedor de bienes sujetos á condiciones resolutorias pendientes podrá hipotecarlos ó enajenarlos, siempre que quede á salvo el derecho de los interesados en dichas condiciones, haciéndose en la inscripción expresa reserva del referido derecho.

Si la condición resolutoria pendiente afectare á la totalidad de la cosa hipotecada, no se podrá ésta enajenar para hacer efectivo el crédito, sino cuando dicha condición deje de cumplirse y pase el inmueble al dominio absoluto del deudor; pero los frutos á que éste tenga derecho, se aplicarán desde luego al pago del crédito.

Cuando la condición resolutoria afecte únicamente á una parte de la cosa hipotecada, deberá ésta enajenarse judicialmente con la misma condición resolutoria á que esté sujeto el dominio del deudor, y aplicándose al pago, además de los frutos á que éste tenga derecho, el precio de la venta.

Si antes de que ésta se consume adquiriere el deudor el dominio absoluto de la cosa hipotecada, podrá el acreedor repetir contra ella y solicitar su enajenación para el pago. Esta disposición es aplicable á los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente á favor de personas que no hayan consentido la hipoteca en dichos bienes (3).

(1) Núm. 9.º, art. 108, L. Hip.

(2) Art. 135, L. Hip.

(3) Art. 109, L. Hip.

A esta doctrina es aplicable en parte lo expuesto acerca de los bienes vendidos con cláusula de *retro-venta*, y en parte lo establecido sobre el usufructo, porque se reúnen las dos condiciones de ser revocable el dominio y de corresponder entretanto todo el producto de los bienes al que los posee, mientras no sea una realidad el suceso incierto á que la condición se refiere. No es esta condición igual al pacto de la *retro-venta*, porque en éste se fija un tiempo dentro del cual se ha de usar del derecho de retraer, tiempo que ha de llegar, lo que no sucede en el caso de la condición, la cual hace incierta la resolución del dominio. Sin embargo, no es inflexible la ley en este punto; como que la prohibición de hipotecar está introducida sólo á favor de aquél á quien en su caso puede aprovechar la condición resolutoria, y á cada uno es lícito renunciar al derecho á su favor constituido, se permite la hipoteca con el expreso consentimiento de éste cuando tiene capacidad civil para obligarse. Lo mismo se establece cuando el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de la voluntad del que posee los bienes que se hipotecan, porque entonces hay la presunción de que no llegará el caso de cumplirse la condición resolutoria. Mas si subsistiendo la hipoteca, el deudor hiciere ó dejare de hacer aquello de que depende la existencia de su derecho, la obligación perderá el carácter de hipotecaria, quedará reducida á la clase de común y se extinguirá el derecho en la cosa, si bien, además de la responsabilidad civil que pese sobre el deudor, habrá lugar á una acción criminal si ha obrado con fraude y perpetrado alguno de los hechos que caen bajo las prescripciones del Código penal. Ni podrá quejarse en este caso el acreedor que no ignoraba que, al prestar con semejante garantía, tenía que confiar más bien que en la seguridad que le inspiraba la hipoteca, en el conocimiento de las circunstancias, probidad y buena fe de aquel á quien prestaba y en la garantía personal que le ofrecía. (*Exp. de mot.*)

16. ELEMENTOS FORMALES.—a. *De constitución del derecho de hipoteca.* Al tratar de las distintas especies de hipotecas, se expresan las formas especiales de su *constitución* en cada una de sus clases.

b. *De extinción del derecho de hipoteca.* Lo propio decimos de los *modos de extinguirse*, si bien cabe consignar como general la doctrina de la *prescripción* de la acción hipotecaria de que después tratamos.

Es precepto común á los modos de constituirse y extinguirse las hipotecas, el que las inscripciones y cancelaciones de las mismas se sujetarán á las reglas establecidas en los títulos 2.º y 4.º de la ley y del Reglamento para las inscripciones y cancelaciones en general, sin perjuicio de las contenidas en su tít. 5.º (1).

La armonía de la ley exige que las inscripciones y cancelaciones de las hipotecas se sujeten á las disposiciones generales establecidas para los demás derechos reales, sin hacer más variaciones que las que su índole especial requiere necesariamente.

Puede también considerarse como un elemento formal, para la

(1) Arts. 136, L. Hip., y 94, Reg.

constitución del derecho real de hipoteca, que el dominio de la cosa hipotecada se halle inscrito á favor del hipotecante, bajo la influencia general del art. 20 de la ley, que rige toda la doctrina.

17. EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HIPOTECA.—Se logra mediante el ejercicio de la *acción hipotecaria*, que es la concedida al acreedor hipotecario contra el deudor ó tercer poseedor de la finca hipotecada, para instar su venta y con su importe hacerse pago de la deuda. Dudóse si la acción hipotecaria era de naturaleza mixta, atendiendo á que, si bien el derecho que la producía era de carácter real, se hallaba constituido en garantía del cumplimiento de una obligación, acentuándose esta duda desde que la ley 63 de Toro la señaló el plazo de prescripción de treinta años correspondiente á las acciones mixtas. Como lo definente de esa naturaleza está en la del derecho que la origina y éste es de índole *real*, esa será también la clase de la acción hipotecaria, sobre todo porque así se la apellida en multitud de pasajes de la legislación de la materia y al término de *veinte años* de prescripción de las reales se reducía en el Derecho vigente, *antes* del Código civil (1) el plazo de *treinta* de la ley de Toro. Hé aquí las reglas de su ejercicio:

a. *Modo de hacer efectivo el crédito asegurado con hipoteca.* El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que aquél posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor después de requerido judicialmente ó por Notario (2).

Requerido el tercer poseedor de uno de los dos modos expresados anteriormente, deberá verificar el pago del crédito con los intereses correspondientes á los dos últimos años y á la parte vencida de la anualidad corriente ó desamparar los bienes hipotecados (3).

(1) Art. 134, L. Hip. Pero después del Código civil, según el art. 1.963, las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben á los *treinta años*, y conforme el art. 1.964, ó la *acción hipotecaria* deja de considerarse como *real*, ó es una excepción de las de su clase, pues el término de su prescripción es el de *veinte años*, en armonía con lo dispuesto por el citado art. 134 de la L. Hip. Véanse los núms. 44, 45, 66 y 67, Cap. X de este Tomo.

(2) Art. 127, L. Hip. Concuerta con los arts. 1.879 Cód. civ., y 1.447 L. Enj. civ.

(3) Art. 128, L. Hip.—El requerimiento al pago á que se refieren los arts. 127 y 128 de la Ley se hará al deudor ó al tercer poseedor de los bienes hipotecados en la forma ordinaria, con intervención de Notario, ó bien por mandato judicial, cualquiera que sea la cuantía de los bienes hipotecados (art. 103, Reg). Si el deudor estuviese ausente, se le hará el requerimiento en el lugar ó pueblo á que pertenezca la finca, observándose el orden establecido en el art. 955 (hoy son el 1.443 y el 1.444) de la ley de Enj. civ. Si el tercer poseedor estuviere ausente, se le hará el requerimiento en los mismos términos, ó por medio del inquilino ó arrendatario. Podrá fijarse en el requerimiento el plazo de diez días para verificar el pago. Este plazo será fatal é improrrogable (art. 104, Reg). Si el tercer poseedor de la finca hipotecada pagare el crédito hipotecario, se subrogará en lugar del acreedor y podrá exigir su reembolso del deudor, si ya no se le hubiere descontado su importe del precio en que haya adquirido la finca. (Art. 105, Reg.)

Si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes, será responsable con los suyos propios, además de los hipotecados, de los intereses devengados, desde el requerimiento, y de las costas judiciales á que por su morosidad diere lugar. En el caso de que el tercer poseedor desampare los bienes hipotecados, se considerarán éstos en poder del deudor, á fin de que pueda dirigirse contra los mismos el procedimiento ejecutivo (1).

Estas prescripciones serán igualmente aplicables al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito ó de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación (2).

Si para el pago de alguno de los plazos del capital ó de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual, con los intereses, se deducirá del precio. Si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes (3).

Se considerará también como tercer poseedor, para los efectos de la doctrina expuesta, el que hubiere adquirido solamente el usufructo ó el dominio útil de la finca hipotecada, ó bien la propiedad ó el dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo. Si hubiere más de un tercer poseedor por hallarse en una persona la propiedad ó el dominio directo, y en otra el usufructo ó el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento (4).

Al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podrá pedir que se despache mandamiento de ejecución contra todos los bienes hipotecados, estén ó no en poder de uno ó varios terceros poseedores; pero éstos no podrán ser requeridos al pago sino después de haberlo sido el deudor y no haberlo realizado. Cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes, debiendo el tercer poseedor otorgar la escritura de venta ú otorgarse de oficio en su rebeldía. Será Juez

(1) Art. 129, L. Hip.

(2) Art. 130, L. Hip. Concuerta con el art. 1.858 Cód. civ., inserto y explicado en los núms. 48 y 57 de este Cap., bajo la referencia de los núms. 9 y 13, Cap. XXXIV, Tomo IV.

(3) Art. 131, L. Hip.

(4) Art. 132, L. Hip.

ó Tribunal competente para conocer del procedimiento el que lo fuere respecto del deudor. No se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor ó del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos (1).

El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes á quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente á los réditos de los dos últimos años transcurridos y no pagados, y la parte vencida de la anualidad corriente. La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, siendo considerado respecto á ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario (2).

En la ley Hipotecaria reformada en 1869, que es la vigente, no sólo se hace posible que los prestamistas sobre hipotecas, como todos los que adquieran derechos reales, lo verifiquen sin peligro alguno de que su derecho sea perjudicado, sino que también se procura que aquéllos consigan con facilidad la realización de sus créditos, si para ello tienen precisión de dirigirse contra los bienes que los garantizan. Apenas venza el plazo fijado para el pago, procederá la ejecución contra los bienes hipotecados, estén ó no en poder de terceros poseedores; y aunque éstos sean varios, sólo se instruirá un procedimiento ejecutivo, cuya marcha no podrá detener el fallecimiento del deudor, ni la formación en su consecuencia del juicio de abintestato ó de testamentaria, ni tampoco el concurso de acreedores, voluntario ó necesario. Llevar más allá la protección á los intereses de los acreedores, sería dejar muy expuestos los de los deudores, quienes no siempre son morosos por su voluntad y si porque la desgracia les obliga á serlo. (*Exp. de mot. de la ley Hip. reformada*) (3).

b. *Prescripción de la acción hipotecaria.* La acción hipotecaria prescribirá á los veinte años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (4).

Las leyes de Partida señalaron cuarenta años de duración á la acción hipotecaria, cuando se intentaba contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando

(1) Art. 133, L. Hip.

(2) Art. 147, L. Hip.

(3) Advertimos al lector que con este epígrafe final designamos los párrafos transcritos de la *Exposición de motivos* en que se fundó la reforma de la ley Hipotecaria, verificada en 1869, sustituyendo los de la primitiva de 1861, que citamos con simple indicación de *Exp. de mot.*, puesto que aquélla y no ésta, en los puntos reformados, constituye la doctrina vigente desde 1.º de Enero de 1871.

(4) Art. 134, L. Hip. Concuere da con el art. 1.964 Cód. civ., inserto y explicado en los núms. 45 y 67, Cap. X de este Tomo.

se dirigía contra los extraños. Las de Toro ordenaron que cuando en la obligación hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años y no menos. Según la inteligencia que más generalmente se da á la ley de Toro, la acción hipotecaria dura treinta años, considerando como reformado en este punto el Derecho antiguo. Sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta que esto ha sido objeto de serias y largas cuestiones.

Se ha dicho contra la prescripción de treinta años que la ley sólo se refiere á la deuda garantida con hipoteca y no á la acción hipotecaria, la cual ha quedado dentro de sus antiguas condiciones; se ha sostenido que la acción hipotecaria puede existir después de la extinción de la obligación á que sirve de garantía, y suceder, por lo tanto, que, prescrita la acción personal, aún dure la hipotecaria; se ha considerado, siguiendo el ejemplo del célebre jurisconsulto Cujas, que la acción hipotecaria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí misma, y es de diferente naturaleza y calidad; se ha insistido en que no puede depender una acción real de una personal; se ha disputado acerca de si hay diferencia entre la duración de la acción hipotecaria cuando se constituye para la seguridad de una deuda, y cuando es para la de una venta, comodato ó permuta, y se ha supuesto, por último, que la acción hipotecaria debe durar treinta años por lo menos, pero que queda subsistente la que con arreglo á las Partidas debía tener mayor duración. Necesario era poner límite á estas diferentes interpretaciones y fijar el tiempo que debe durar la acción hipotecaria: la ley fija el de veinte años, porque siendo éste el señalado para la prescripción de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo éstas su fuerza no debe conservarla la hipotecaria, pues que, extinguido el crédito, no puede menos de considerarse extinguida su garantía. Pero no bastaba señalar el término; era necesario fijar el día desde que había de correr. No debía esto dar lugar á muchas dudas: regla general es que el tiempo de la prescripción en las acciones corre desde su nacimiento, esto es, desde que por haber lesión del derecho por que se concedan, pueden ejercitarse; de lo contrario, se seguiría que pudiera extinguirse por prescripción un derecho que aún no tuviera verdadera existencia. Por esto, el término para la prescripción de las acciones personales empieza á correr desde que puede exigirse el cumplimiento de la obligación; por esto se establece que el tiempo se cuente en la acción hipotecaria desde que pueda ejercitarse. (*Exp. de mot.*)

18. CLASIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS.—*Especies de hipotecas antiguas y subsistentes.* Por el Derecho antiguo las hipotecas se clasificaban: 1.º En *convencionales, legales y judiciales*, según que la voluntad en forma de acto jurídico, la ley ó el decreto judicial motivaban su constitución. 2.º En *expresas y tácitas*, conforme se hiciera constar ó no, explícitamente, el gravamen, siendo las legales de carácter tácito. 3.º En *generales y especiales*, atendiendo á la circunstancia de determinarse ó no los bienes sobre que se constituían, siendo las generales las que afectaban á todos los bienes presentes ó futuros del obligado, y participando de esa calidad de ordinario las hipotecas legales. 4.º En *ordinarias y privilegiadas*, según que se tenía en cuenta tan

sólo la prioridad de tiempo de su constitución ó el privilegio del crédito que garantizaban.

Á partir de la publicación de la ley Hipotecaria han desaparecido las hipotecas *privilegiadas*, las *generales* y en parte las *tácitas* (1), convirtiéndose en *especiales* y *expresas*; impera el principio *qui prior est tempore potior est jure*, y las hipotecas *judiciales* han sido sustituidas por las *anotaciones preventivas* (2).

*Publicidad, determinación y especialidad* son las bases del sistema hipotecario vigente, y con arreglo á ellas, las hipotecas se distinguen sólo actualmente en *voluntarias* y *legales* (3).

Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro Derecho las *generales*, quedando desde luego reformadas todas las leyes que las prescriben y autorizan, y nada significará la cláusula de *hipoteca general* que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, como de hecho no lo ha significado desde la creación de las Contadurías de Hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite á los bienes presentes y no se extienda, como era común, á los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el Registro con individual expresión de la finca á que afecta y de la cantidad á que se extiende la garantía. La *especialidad* de la hipoteca es el complemento de su *publicidad*.

Aun sin esta consideración, que en el sistema adoptado es decisiva, no se hubieran dejado de suprimir las hipotecas generales, porque su misma extensión las hace ilusorias. Por lo mismo que comprenden todos los bienes presentes y futuros del deudor, éste tiene que quedar en libertad de enajenarlos, y si lo hace con todos, desaparece la garantía, sin que haya derecho á reclamar contra el comprador, viniendo así á hacer nulo en realidad el derecho *en la cosa*, porque hipoteca que no sigue á la finca, cualquiera que sea su poseedor, no merece llamarse hipoteca.

Largos debates provocó la cuestión de las hipotecas *judiciales*. Nuestro antiguo Derecho escrito las admitía con más extensión que la práctica vigente al publicarse la ley de Enjuiciamiento civil. La vía de asentamiento, ese apremio contra los contumaces, que era una verdadera hipoteca judicial, había caído en desuso, porque, aun después de pasar los términos prescritos para oír al rebelde que no acudía á los llamamientos judiciales, quedaba abierta la puerta al juicio de propiedad por un tiempo ilimitado. Á la vía de asentamiento había sustituido el procedimiento en rebeldía, ficción legal en que se supone presente al que no lo está, en que se da vida á los estrados, considerándolos como imagen y representación jurídica del contumaz, procedimiento que, si no tenía fór-

(1) Pues subsisten, por su índole, algunas á que aludimos en nota anterior é indicamos en el texto.

(2) También, como observamos más adelante, se ha reducido mucho el número de las *legales*, y algunas se han convertido en derecho á pedir *anotación preventiva*.

(3) Art. 137, L. Hip.

mula expresa en la ley, la encontró en el foro por la necesidad de hacer respetable la justicia.

La ley de Enjuiciamiento civil no se decidió exclusivamente por ninguno de los dos sistemas, creyendo que en ambos había principios aceptables. Partiendo de la prosecución del pleito en estrados, autorizó al Juez para que, desde el momento en que se declara la rebeldía, pudiera á instancia de parte decretar, además de la retención de los bienes muebles, el embargo de los inmuebles en cuanto fuera necesario para asegurar el éxito del juicio; es decir, que constituyó una hipoteca judicial sobre la propiedad raíz, hipoteca que lleva consigo la prohibición absoluta de vender, gravar ú obligar las propiedades sobre que recae. La misma ley establece otras hipotecas judiciales, siempre especiales y públicas, al tratar de la ejecución de las sentencias, del embargo preventivo, del juicio ejecutivo, del procedimiento de apremio; hipotecas que hoy son siempre necesarias, y que antes sólo se exigían á petición de los interesados, y aun en esto no era uniforme la práctica. Hay más: separándose la misma ley del Derecho antiguo, que, fundado en motivos históricos, establecía que la fianza dada por los tutores y curadores fuera personal, regla que, á pesar de ser una especie de anacronismo atendidas las condiciones de la sociedad actual, había permanecido firme en la ley en medio del movimiento general de los tiempos modernos, ya que no lo estuviera siempre en la práctica, ordenó que la garantía con que se asegurasen los bienes de los menores y de los incapacitados fuera hipotecaria y que el Juez mismo la exigiera; es decir, que creó una hipoteca judicial, especial, diferente en intensidad y efectos de la general tácita que por ministerio de la ley pesaba sobre todos los bienes del tutor ó curador, hasta que, concluido su cargo, y dadas cuentas y entregados los bienes y los alcances, quedaban libres de las obligaciones que su cargo les impuso. Puede decirse en virtud de esto, que nuestro Derecho novísimo ha propendido mucho á la constitución de hipotecas judiciales, porque ha ordenado á los Jueces que de oficio las exijan en muchos casos y les ha dado una extensión antes desconocida. No puede decirse, en verdad, que la ley de Enjuiciamiento civil haya adoptado explícitamente el principio de que todas las hipotecas judiciales deban ser especiales y expresas: no podía adoptarlo, porque no era el lugar oportuno para hacerlo; pero al menos, por lo que á ella toca, aplicó los principios de publicidad y especialidad que la ley proclama como únicos para lo sucesivo. Tal es el giro que en los últimos tiempos han tomado las hipotecas judiciales, tanta su importancia, tanta la seguridad que prestan para que sean respetados los actos que garantizan.

Mas á poco que se consideren los distintos casos en que puede haber lugar á la hipoteca judicial, se observa que, si bien en algunos, como sucede en el de la tutela y curaduría, tiene un carácter en cierto modo permanente, siendo una aplicación de una ley civil, casi siempre se constituye para que sea respetada la administración de justicia, para evitar que se eludan las sentencias, haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo. Entonces su objeto sólo dura mientras dura el juicio y se ejecuta la sentencia; puede así decirse, que más que á las leyes que deben comprenderse en el Código civil, se refiere á las de procedimientos; que las leyes que la establecen ó autorizan no