

Como una consecuencia del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, se halla establecido por el artículo 1,960 del Código, que si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio ú otro caso fortuito, no sólo subsiste la hipoteca en los restos de la finca, sino que el valor del seguro queda afecto al pago.<sup>1</sup>

La extensión de la hipoteca comprendiendo el valor del seguro, se funda en la consideración de que el acreedor debió tener en cuenta esa circunstancia para celebrar el contrato, supuesto que prestaba una probabilidad más para el reembolso de la deuda, porque reemplaza ó sustituye al inmueble hipotecado.

Pero este efecto se obtiene solamente cuando se ha constituido el seguro antes de que se otorgue la hipoteca, pues si se asegura la finca después, cesa la razón de la ley, porque cuando celebró el acreedor el contrato, lo hizo á todo evento y sin la esperanza de reintegro en el caso de un siniestro.<sup>2</sup>

En el caso á que nos referimos, si el crédito fuere de plazo cumplido, puede pedir el acreedor la retención del seguro; y si no lo fuere, puede pedir que se imponga dicho valor á su satisfacción para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Esto mismo se debe observar con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública (arts. 1,960 y 1,961, Cód. Civ.)<sup>3</sup>

La enfiteusis trasmite, como después veremos, el dominio

<sup>1</sup> Artículo 1,845, Cód. Civ. de 1884.

En este precepto fueron refundidos los artículos 1,960 y 1,961 del Código de 1870; y el último de ellos fué adicionado en los términos siguientes:

“Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en caso de ocupación por causa de utilidad pública ó de venta judicial.”

Esta adición viene á llenar un vacío que tenía el Código de 1870; y es, además, perfectamente justa, porque el precio reemplaza á la finca hipotecada, y debe servir, por lo mismo, de garantía al crédito que antes estaba asegurado con la hipoteca.

<sup>2</sup> Pantoja, tomo I, pág. 355; Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 351.

<sup>3</sup> Artículo 1,845, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1<sup>a</sup> de esta página.

útil de un inmueble, y por lo mismo, el enfiteuta tiene un derecho real sobre él, que es susceptible de ser hipotecado; pero como carece del dominio absoluto, supuesto que el directo lo tiene la persona que constituye el censo, necesita del consentimiento de ella para hipotecar el predio é imponerle cualesquiera otras cargas ó servidumbres, para que tales gravámenes produzcan efectos jurídicos y obliguen á esta persona.

Así, pues, el enfiteuta puede hipotecar el predio enfiteutico sin el consentimiento del dueño ó señor del dominio directo, pero en el caso de devolución, debe pasar el predio libre á éste, si no ha otorgado su consentimiento para la imposición del gravamen (arts. 1,953 y 3,271, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Nuestro Código se aparta en este punto de la actual legislación española, y pone término á la discusión suscitada entre los jurisconsultos franceses, que por el silencio ú omisión de sus leyes, disputan acerca de si la enfiteusis es susceptible de ser hipotecada, permitiendo que el enfiteuta pueda hipotecar el predio que reporta el gravamen, con ó sin el consentimiento del dueño del dominio directo.

Creemos que el otorgamiento de esa facultad y los diversos efectos que el Código le atribuye á su ejercicio, según que el dueño del dominio directo consintió ó no en la imposición del gravamen, es perfectamente justo y preferible al sistema adoptado por las leyes españolas; porque no hay razón de equidad ó de justicia que pueda obligar al dueño del predio á satisfacer los créditos ó gravámenes que le impuso el enfiteuta sin su consentimiento y sin que le resulte ningún beneficio de ellos.

Se objetará tal vez, que, según el sistema adoptado por nuestro Código, se autorizan y fomentan los fraudes, por-

<sup>1</sup> Artículos 1,836 y 3,131, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el primero de estos preceptos. Véase la nota 2<sup>a</sup>, pág. 10.

que queda al arbitrio del enfiteuta extinguir su derecho y burlar el del acreedor, dando lugar á la devolución del predio por comiso, por el solo hecho de no pagar en tres años consecutivos la pensión. Pero la contestación es muy fácil, teniendo presente que el acreedor puede salvar ese peligro si exige al enfiteuta el consentimiento del dueño del predio para la constitución de la hipoteca; y que si es omiso en llenar ese requisito, por ignorancia de la ley, ó por negligencia, debe imputarse á sí mismo las consecuencias de ellas.

Además, el sistema á que nos referimos, es perfectamente jurídico, porque no es más que la consecuencia del principio de jurisprudencia universal, sancionado por el artículo 1,976 del Código, que declara que nadie puede hipotecar sus bienes, sino con las condiciones y limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad.<sup>1</sup>

Pero aun cuando el dueño del dominio directo preste su consentimiento para la constitución de la hipoteca, y por tal motivo quede obligado por ella, si hay lugar á la devolución del predio, sin embargo, tal gravamen afecta solamente al dominio útil, que es el único de que podía disponer el enfiteuta, pero de ninguna manera al directo, si no es que expresamente haya consentido aquél en que también quedara gravado este derecho.

La hipoteca es una especie de enajenación, porque en el caso de que el deudor no satisfaga la obligación, tiene el acreedor derecho para que se decrete el secuestro del inmueble hipotecado y de que se saque á remate y se venda para pagarse con su precio.

De aquí se infiere, que para la constitución de la hipoteca se necesita que el deudor no sólo tenga capacidad para contratar, sino también para enajenar; y este es el motivo por

<sup>1</sup> Artículo 1,853, Cód. Civ. de 1884.

el cual declara el artículo 1,964 del Código Civil, que sólo puede hipotecar el que puede enajenar.<sup>1</sup>

En consecuencia, no pueden hipotecar:

1º La mujer casada sin el consentimiento del marido, y en su defecto, sin licencia judicial (art. 207, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

2º Los menores é incapacitados, sino con las formalidades que establecen las leyes (art. 1,949, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

3º Los fallidos en los treinta días anteriores á la declaración de quiebra; y si llegasen á constituir la hipoteca, es nulo ese gravamen (art. 1,969, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Si se permitiera la constitución de la hipoteca en semejantes circunstancias, sea para garantizar una obligación nueva, sea para otorgar un privilegio indebido á una antigua, se daría ocasión á los fraudes del deudor para perjudicar los intereses de sus acreedores y burlar sus derechos.

4º Los copropietarios no pueden hipotecar el predio común en su totalidad, sino con el consentimiento de todos; pero sí pueden hipotecar sus respectivas porciones (art. 1,978, Cód. Civ.).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,846, Cód. Civ. de 1884.

Reformado. Véase la nota 1ª, pág. 23.

<sup>2</sup> Artículo 198, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 102, tomo I.

<sup>3</sup> Artículo 1,832, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> El artículo 1,969 del Código de 1870, fué refundido en el 1,694 del Código de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 369, tomo III.

<sup>5</sup> Artículo 1,855, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión del siguiente período:

“Pero éstos (los copropietarios del predio común), pueden hipotecar sus respectivas porciones.”

Esta reforma se hizo por la siguiente razón, que tomamos de las Notas comparativas del Sr. Lic. Macedo:

“Refiriéndose este artículo á predios que pertenecen á varios propietarios y no á uno solo, su primera parte parece perfectamente justa; pero no así la segunda, pues poseyéndose la cosa *pro-indiviso*, no puede determinarse la porción que corresponde á cada propietario, y por lo mismo, es imposible hipoteca especial sobre parte cierta y determinada. Faltando esta base, claro es que no puede haber hipoteca conforme á los artículos 1,942, frac. 7ª, 2,026 á 1,825 y 1,899, frac. 8ª del nuevo Código. Mientras el predio no haya sido dividido, no puede ser hipotecado sino en su totalidad. De acuerdo con estas ideas, fué suprimida la segunda parte del artículo.”

Es fuera de toda duda que era necesario reformar el precepto citado; pero no creemos

Si no fuera así, se autorizaría el despojo de unos por los otros, pues no siendo cada uno de ellos propietario del todo, cometerían un verdadero atentado, constituyendo la hipoteca, que sería nula por recaer en parte sobre una cosa ajena.

Pero, como ya indicamos, los copropietarios sí pueden hipotecar sus respectivas porciones, ó más bien dicho, el derecho que tienen á una porción del predio común; pues no estando hecha la división, es evidente que son dueños de una parte indeterminada de él, y que no podría cumplirse el requisito de la ley que exige la expresión especial y determinada del predio que señala el deudor para que se constituya la hipoteca.

Por tanto: tenemos que convenir en que la facultad que tienen los copropietarios de hipotecar sus respectivas porciones, se refiere á las que les corresponden del derecho de dominio que tienen en el predio común; que, como todo derecho real, es susceptible de ser hipotecado.

De lo expuesto se infiere, que el precepto á que nos referimos no está concebido en términos claros y propios, y que demanda corrección.

Del principio general que antes establecimos, se deriva una consecuencia perfectamente lógica, que es á su vez el fundamento de otro de trascendental importancia: luego la hipoteca de cosa ajena es nula y no produce ningún efecto jurídico entre el acreedor y el deudor, ni entre aquél y el propietario de ella.

Ese principio está sancionado por el artículo 1,950 del Código, que declara, que la hipoteca constituida por el que

---

que la reforma debió hacerse mediante la supresión aludida, porque es incuestionable que se puede hipotecar todo derecho real, según los artículos 1,823 y 1,825, y que el propietario *pro-indiviso* tiene el dominio, derecho real, cierto y determinado, susceptible de servir de garantía al cumplimiento de una obligación.

Creemos, por lo mismo, que la reforma ha debido contraerse á redactar en términos claros y propios la parte suprimida.

no tiene derecho de hipotecar, no convalece, aunque el constituyente adquiriera después el derecho de que carecía.<sup>1</sup>

Este principio se funda en la consideración de que un acto nulo en su origen no puede valer jamás, y de que el inmueble que era libre no puede quedar gravado por un hecho que la ley no reconoce como generador de la hipoteca.<sup>2</sup>

Pantoja da otra razón: "La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; y si se concediera, implícitamente quedarían perjudicados los que adquirieron un derecho real con posterioridad á la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y de esta manera el dolo y la incuria de unos vendría á convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia."<sup>3</sup>

Como el derecho de hipotecar depende del de enajenar, y como éste es uno de los elementos del derecho de propiedad, se infiere, que la suerte ó subsistencia de una hipoteca depende de la suerte de la propiedad del individuo que la constituyó. En consecuencia: si este derecho es incierto, porque su existencia dependa del verificativo de una condición suspensiva ó resolutoria, dependerá la hipoteca de la realización del acontecimiento incierto.

Esta consecuencia, perfectamente lógica, está sancionada por el artículo 1,976 del Código Civil, que declara, que nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad, y no es más que la aplicación de una regla que es de sentido común, según la cual, el que tiene un derecho imperfecto no puede transmitir más que ese derecho.<sup>4</sup>

1 Artículo 1,847, Cód. Civ. de 1884.

2 Murlon, tomo III, núm. 1,841; Aubry y Rau, § 266, pág. 375.

3 Tomo I, pág. 375.

4 Artículo 1,853, Cód. Civ. de 1884.

Esa regla ha alcanzado el rango de axioma entre los juriscultos, que la expresan en los términos siguientes:

*"Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet."*<sup>1</sup>

*"Ningun ome non puede dar mas derecho a otri en alguna cosa de aquello que le pertenece en ella."*<sup>2</sup>

Los autores señalan los casos siguientes, en que puede tener aplicación el principio á que nos referimos:

1º Cuando el propietario bajo condición suspensiva constituye una hipoteca sobre el inmueble que adquirió bajo esta modalidad, en cuyo caso la hipoteca es también condicional, como lo es el derecho del que la constituyó, y subsistirá si se verifica la condición:

2º Cuando se constituye la hipoteca sobre el inmueble, cuya propiedad pertenece al constituyente, bajo condición resolutoria, en cuyo caso deja de existir si se verifica ésta, en virtud del principio que dice: *"Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis."*

Tal sería, por ejemplo, la hipoteca constituida por el comprador de un inmueble con el pacto de retroventa; pues se extinguiría si el vendedor recobrara el inmueble, ejerciendo el derecho que este pacto le otorga, de recobrarlo dentro de cierto plazo, mediante la devolución del precio que recibió (art. 3,053, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Este ejemplo, fundado en el precepto expreso del artículo 3,053 del Código, sirve para demostrar á la vez la justicia del principio que hemos establecido, y que ese precepto se halla en contradicción con el art. 1,951, fracción 6ª del mismo ordenamiento.<sup>4</sup>

En efecto: el artículo 1,951 declara que no pueden hi-

1 Cód. 79, *De Reg. Jur. in 6.*

2 Ley 12, tit. 34, Part. 7ª

3 Artículo 2,917, Cód. Civ. de 1884.

4 Artículo 1,834, Cód. Civ. de 1884.

potecarse los bienes vendidos con el pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta; y como está concebido en términos absolutos y negativos, no admite excepción alguna, y su violación produce necesariamente la nulidad de la hipoteca. Pero el artículo 3,053 declara, refiriéndose á los efectos de la retroventa, que el vendedor que recobra la cosa vendida, la adquiere libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador, y por lo mismo, supone que el comprador puede constituir ese gravamen, pero á condición de que no producirá efecto alguno contra el vendedor, y de que se extinguirá si se llega á verificar la retroventa.

La contradicción consiste en que el primero de dichos preceptos prohíbe la constitución de la hipoteca sobre los bienes vendidos con el pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, y en que el segundo la permite á condición de que no produzca efecto contra el vendedor.

Tal contradicción proviene de la falta de unidad de sistema en nuestro Código, formado con principios tomados de distintas legislaciones, pues el primer precepto está literalmente copiado del artículo 108 de la Ley Hipotecaria de España, y el segundo es exactamente el artículo 1,673 del Código Francés, cuyo sistema hipotecario diverge esencialmente del adoptado por ésta.

Fácil es comprender que esa contradicción, por más que sea notoria é imperdonable, no produce ningún conflicto, pues si, con violación del artículo 1,951, se constituye la hipoteca, resulta nula y de ningún valor y efecto contra el vendedor y cualquiera otro tercero.

3º Cuando el derecho del que constituye la hipoteca está sujeto á rescisión; por ejemplo, cuando el que se lo vendió recibió dos tercios menos del justo precio ó estimación del inmueble, sobre el cual se impuso ese gravamen, pues en

tal caso, declarada judicialmente la rescisión del contrato, se extingue aquél.

Sin embargo; la regla cuyo estudio hemos venido haciendo, según la cual, nadie puede hipotecar sus bienes, sino con las limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad, sufre excepción en los casos siguientes:

1º Cuando se presenta el ausente ó se prueba su existencia, después de la posesión definitiva, pues entonces recobra sus bienes en el estado en que se hallen: esto es, con los gravámenes ó hipotecas impuestos por el poseedor definitivo, los cuales tiene obligación de respetar el ausente, por revestir el carácter de irrevocables, en virtud de haber sido constituídos por quien tenía un legítimo derecho para ello (art. 760, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2º Cuando se constituye la hipoteca por el donatario, cuya donación se revoca por causa de ingratitud ó por la superveniencia de hijos al donante; pues en tal caso, subsiste la hipoteca sobre los bienes donados, teniendo el donante derecho de exigir al donatario que la redima (art. 2,756, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón que milita en los casos expresados para la subsistencia de la hipoteca, es obvia; porque el gravamen ha sido constituído por quien tenía derecho para imponerlo, y en ningún caso deben refluir los efectos de la revocación en perjuicio del acreedor que contrató de buena fe, sino en el del ausente, culpable de haber abandonado sus intereses por tanto tiempo, y en el del donante, que debió tener en cuenta que el donatario podía disponer de los bienes donados; y en todo caso, es justo que éste, que percibió el provecho que resultó de la constitución del gravamen, sea el que lo redima, y no que el acreedor, que contrató de buena fe, pierda el importe de su crédito.

<sup>1</sup> Artículo 662, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,638, Cód. Civ. de 1884.

Como la aplicación de la regla aludida pudiera dar origen á multitud de fraudes, exige la ley, para evitarlos, no obstante la existencia del registro público, que tiene el mismo objeto, que el propietario, cuyo derecho sea condicional ó de cualquiera otra manera limitado, exprese en el contrato la naturaleza de su propiedad, si la conoce; y declara á la vez que la omisión de esta circunstancia induce presunción de fraude (art. 1,977, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta exigencia de la ley es á nuestro juicio innecesaria, porque esas limitaciones del derecho de propiedad del deudor sobre el inmueble que hipoteca, deben constar necesariamente en el registro público, cuyas constancias puede consultar el acreedor antes de la celebración del contrato.

Además, carece de sanción penal el fraude que hace presumir por no declarar el propietario las limitaciones á que está sujeto su derecho, pues en el capítulo del Código Penal que se ocupa del delito de fraude, se encuentra solamente el artículo 416 que castiga con la pena del robo sin violencia al que por título oneroso enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, ó la arriende, hipoteque, empeñe ó grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó ó una cosa equivalente, cuyo precepto no comprende el caso que nos ocupa, y por tanto no puede imponerse al propietario la pena que señala, supuesto que el artículo 14 de la Constitución prohíbe que se juzgue á nadie sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas á él, cuya prohibición reproduce el artículo 182 del Código mencionado.

Estos defectos no sólo hacen innecesario el precepto que exige al propietario la declaración indicada, sino que tam-

<sup>1</sup> Artículo 1,854, Cód. Civ. de 1884.

bién lo hacen perfectamente inútil, porque no produce ningunos efectos jurídicos favorables para los interesados.

La hipoteca es una obligación subsidiaria que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la principal, y por tanto puede ser constituida por el mismo deudor sobre un inmueble de su propiedad, como por otra persona que consiente ese gravamen sobre sus bienes, para facilitar á aquél el crédito de que carece (art. 1,975, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La hipoteca no produce efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuere debidamente inscrita en el registro público, y sólo pueden inscribirse los títulos que constan de escritura pública, según lo declaran los artículos 1,993 y 3,330 del Código Civil; de donde se infiere que sólo puede ser constituida en escritura pública para que produzca efecto contra tercero, ó lo que es lo mismo, para que otorgue al acreedor preferencia en el pago en concurrencia con otros acreedores y los demás efectos que le atribuye la ley (art. 1,979, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero esta no se conforma con esa solemnidad, que no es puramente de forma, sino un requisito esencial, cuya ausencia produce la nulidad de la hipoteca, y exige además que los notarios hagan constar la hora del día en que se otorga la escritura, bajo la pena de pérdida de oficio, porque si respecto del derecho de preferencia que corresponde al acreedor se aplica el principio que dice: "*Qui prior est tempore potior est jure*," es evidente que hay una necesidad indeclinable de hacer constar el día y hasta la hora en que se constituye la hipoteca.

La generalidad de los términos de la ley, que no hace distinción de ninguna especie, nos induce á creer que el requisito de la escritura es esencial aun para la constitución de las hipotecas que tengan por objeto garantizar cantidades

<sup>1</sup> Artículo 1,852, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,869, 3,191 y 1,856, Cód. Civ. de 1884.

que no excedan de quinientos pesos, no obstante que el artículo 3,057 del Código no lo exige para la venta de inmuebles, cuyo valor no pase de esa cantidad.<sup>1</sup>

Podría objetarse contra nuestra opinión el artículo 3,334 del Código, que declara que cuando los bienes ó derechos no exceden de quinientos pesos no es necesario el registro; pero prescindiendo de que este precepto no es derogatorio del contenido en el artículo 1,979, que exige como requisito esencial la escritura pública para la constitución de la hipoteca, hay que tener presente que tampoco prohíbe el otorgamiento de ella, como lo demuestran las siguientes palabras que tomamos de la exposición de motivos:<sup>2</sup>

"La simple lectura de los artículos relativos prueba su conveniencia, y sólo merece alguna explicación el artículo 3,334 en que se previene: que no sea necesaria la inscripción cuando el interés no llegue á quinientos pesos, porque ni es justo en tal caso aumentar los gastos, ni en negocio de esta pequeña cuantía parece necesaria esa solemnidad, que sin embargo no por eso queda prohibida."

Creemos, sí, que puede reprocharse á nuestro Código de inconsecuencia, porque si no es necesario que la enajenación de inmuebles, cuyo precio no excede de quinientos pesos, conste en escritura pública para que produzca efecto contra tercero, ha debido establecer lo mismo respecto de las hipotecas cuyo valor no pasa de dicha cantidad y declarar que respecto de ellas tampoco es necesaria la inscripción, para no incidir en la falta de unidad de sistema en que incurrió.

Cuando el inmueble hipotecado se hace insuficiente por culpa del deudor, para la seguridad de la deuda, puede el acreedor exigir anticipadamente el pago ó que se mejore la hipoteca, porque éste celebró el contrato y concedió el plazo convenido, teniendo en consideración las garantías ó las seguri-

<sup>1</sup> Artículo 2,921, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 3,195 y 1,856, Cód. Civ. de 1884.