

y se estorbaria el orden regular de la administracion pública; mas si no es el dueño quien hace el pago, como en el presente caso, el que lo hace tiene derecho de deducirlas de los rendimientos,<sup>1</sup> puesto que son gravámenes de la cosa inherentes á ella y que por tanto ella debe reportar en sus frutos. De la misma manera queda obligado el acreedor á hacer los gastos necesarios de conservacion de la cosa, deduciéndolos del importe de los frutos,<sup>2</sup> pues sin ellos se desmejoraria y llegaria á perecer. Para hacer las deducciones que hemos dicho, es necesario que se conozcan los frutos de la cosa dada en anticresis, y cuando por cualquiera causa no fueren estos exactamente conocidos, se regularán por peritos como si el inmueble estuviera arrendado,<sup>3</sup> sirviendo tal regulacion para rendir la cuenta de los frutos, que la ley exige al acreedor.

5.—Las anteriores obligaciones son propias de la anticresis, mas no son las únicas que tiene el acreedor, pues como se recordará, este contrato es una especie de prenda, y por tanto, comprendido en su doctrina; así es que el acreedor en la anticresis tiene los mismos deberes que el prendario, sucediendo lo mismo con el deudor en lo que á él pertenece. En este concepto, cuanto dijimos en el capítulo anterior relativo á la manera de hacerse pago el acreedor con el valor de la prenda, tiene lugar en la anticresis cuando el deudor falta al cumplimiento de su obligacion, sin que por este motivo pueda el acreedor quedarse con la cosa.<sup>4</sup> Las mismas reglas del contrato de prenda deberán observarse en el caso de haberse dado en anticresis una cosa ajena.<sup>5</sup>

1 Art. 1932.—2 Art. 1933.—3 Art. 1934.—4 Art. 1938.—5 Art. 1939.

## TITULO OCTAVO.

# DE LA HIPOTECA.

## CAPITULO I.

### De la hipoteca en general.

#### RESUMEN.

1. Objeto del presente título.—2. Qué se entiende por hipoteca.—3. Naturaleza de la hipoteca. Su adherencia al fundo sobre que recae. Responsabilidad del que compra una finca hipotecada.—4. Bienes sobre que puede constituirse hipoteca.—5. Division de las hipotecas en voluntarias y legales. Insubsistencia de otras divisiones antiguas.—6. Qué personas pueden celebrar este contrato.—7. Nulidad de la hipoteca constituida en una finca por quien no es su dueño.—8. El derecho de propiedad limitado, limita la hipoteca. Obligacion impuesta al deudor de declarar en la escritura de hipoteca las limitaciones de su derecho de propiedad. Presuncion legal en su contra, si no lo hace.—9. Hipoteca de cosa perteneciente á muchos dueños.—10. Hipoteca de la nuda propiedad ó del usufructo solamente. Nueva hipoteca de bienes ya hipotecados. Requisitos para hipotecar los bienes de incapaces.—11. Qué bienes no se pueden hipotecar.—12. De qué manera ha de constituirse la hipoteca. Obligacion de los notarios. Pena en que incurren si no la cumplen.—13. Extension de la hipoteca. Area y construcciones. Mejoras y acciones naturales. Muebles adheridos al edificio.—14. Hipoteca de construccion levantada en suelo ajeno. Hipoteca sobre derechos reales. Réditos de que responde el prédio hipotecado. Ampliacion de la responsabilidad por contrato. Necesidad de su inscripcion en el registro para que surta efecto contra tercero.—15. Cuándo no puede el acreedor exigir tal ampliacion. Derecho de que disfruta en este caso.—16. Obligacion de determinar el gravámen en la hipoteca de varias fincas. Consecuencias de esta division.—17. Indivisibilidad de la hipoteca. Pactos que sobre su division pueden celebrar los contrayentes.—18. Division del gravámen. Derechos del deudor. Pago parcial y cancelacion parcial de la hipoteca. Eleccion de la finca á favor del deudor.—19. La falta de pacto hace conservar á la hipoteca su naturaleza indivisible. Consecuencias de esta en los casos de destruccion ó demérito de la hipoteca.—20. Destruccion ó demérito acaecidos por culpa del deudor. Derechos del acreedor en todo caso.—21. Término de la hipoteca. Duracion de la accion hipotecaria que de ella nace.—22. Nulidad de la hipoteca constituida por el fallido poco antes de la quiebra.—23. Prohibiciones á que está sujeto el dueño de la finca.—24. Efectos de la hipoteca. Venta de la finca. Modos por los que puede adquirirla el acreedor.

1.—La materia del presente título ha sufrido en la ley actual innovaciones de tanta importancia que puede decirse que entre nosotros es enteramente nueva; en efecto, acostumbrados á la legislacion de los antiguos códigos



españoles, que en el establecimiento de la hipoteca siguieron casi al pié de la letra las leyes romanas, no puede menos de sorprender el cambio verificado por la legislación actual, que al seguir el sistema germánico con algunas modificaciones, se apartó enteramente de aquellas. No haremos el estudio comparativo de esta importante materia de nuestro derecho civil, ni su crítica, á causa de que ni una cosa ni otra son del carácter y objeto de ésta obra, bastándonos para cumplir nuestro propósito con mostrar la disposición vigente y explicar, en cuanto nos fuere dable, el sentido mas conforme al espíritu del legislador.

2.—Bajo la palabra hipoteca se entiende un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales para garantir el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.<sup>1</sup> Se dice que es un derecho real, porque gravita directamente sobre la cosa en que recae; se enseña que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, porque los derechos personales y los bienes muebles no son su objeto; y por último se dice que su fin es la garantía y pago de las obligaciones, para que se entienda que por su naturaleza es un contrato accesorio, cuya subsistencia depende de la del contrato principal á que la hipoteca va siempre unida.

3.—Consecuencia indeclinable de que la hipoteca sea un derecho real, es que una vez impuesta sobre alguna de las cosas sobre que puede constituirse, le esté adherida como una parte de ella misma; de modo que por ninguna causa que no sea el pago, puede separarse. No es pues una desmembración del dominio como la servidumbre, pues el dueño de la finca hipotecada puede volverla á

<sup>1</sup> Art. 1940.

hipotecar, venderla y ejercer en ella todos los actos de dominio y posesión que corresponden al señor de una cosa. En tal concepto puede el dueño vender la cosa hipotecada, sin que por tal causa se pierda el gravámen, el cual podría ir pasando con ella á los diversos dueños que tuviera, hasta que no se extinguiese por algunos de los modos que enseña el derecho. Esta es la doctrina de la ley, la cual fundada en los mismos principios enseña que los bienes hipotecados quedan sujetos al gravámen impuesto, aunque pasen á manos de un tercer poseedor.<sup>1</sup>

En el caso supuesto, es decir, si el que hipotecó su finca la vende, el que la adquiera, aunque responsable del valor de la hipoteca, la cual se podrá hacer efectiva en la finca desde luego como derecho real, tendrá á su favor para excepcionarse la extinción de la obligación principal, si sabe que el dueño primitivo la ha extinguido legalmente; pero esto sin paralizar la acción del acreedor ni impedir la entrada al juicio hipotecario, porque en nuestro sistema actual en que se ha procurado que la hipoteca sea una verdadera garantía para el acreedor, mientras no esté cancelado el registro, la responsabilidad de la finca subsiste y por tanto puede perseguirse con entera justicia. En el capítulo IV hablaremos detenidamente del registro y de su valor respecto de las hipotecas, y allí veremos que aunque la hipoteca solo subsiste mientras no se cumple la obligación principal á cuya seguridad sirvió de garantía, es necesario que al hacer el pago ó extinguirse la obligación, se tilde el gravámen, sin que en ningún caso en que tal cosa deje de hacerse, pueda impedirse el ejercicio de la acción hipotecaria. Las leyes que antiguamente nos rigieron ordenaban, que el tercer

<sup>1</sup> Art. 1941.



poseedor de la finca gravada pudiera obligar al acreedor hipotecario á ocurrir al deudor principal antes que á él por el valor de la hipoteca, fundadas en que la acción que esta produce es mixta: personal contra el que se obligó á dar ó hacer alguna cosa: real, respecto de la finca ó derechos hipotecados para la seguridad del cumplimiento de la obligación del deudor; pero esta ley de Partida, sobre estar limitada por otras en las cuales estaban declarados algunos casos especiales que la primera no comprendía, no puede subsistir entre nosotros por no haber disposición alguna legal que la apoye.

4.— Conforme también á la naturaleza de la hipoteca es que ella solo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, ó sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos,<sup>1</sup> pues debiendo quedar el deudor con la posesión de la cosa hipotecada, no podría esto realizarse si no es respecto de los bienes mencionados. De aquí se deduce que no pueden ser objeto de la hipoteca los bienes muebles y semovientes, ni los derechos reales que no estén impuestos sobre inmuebles, porque ellos son materia de la prenda, ni los mismos derechos aun cuando estén impuestos sobre inmuebles, si no son enajenables, como el uso, la habitación, las servidumbres y otros semejantes; pues no pudiendo venderse, tampoco pueden hipotecarse, y no pueden ser vendidos porque se conceden para el provecho y por consideración de la persona que los disfruta. Pero sí serán capaces de hipoteca los censos, la servidumbre de aguas, la nuda propiedad, la enfiteusis, el derecho á percibir los frutos en el usufructo voluntario, y otros que como estos recaen sobre un bien inmueble y pueden enajenarse libremente.

<sup>1</sup> Art. 1942.

5.— La hipoteca se divide en voluntaria y necesaria: la primera es la que se constituye por voluntad de los contrayentes y reconoce por origen una convención: la segunda es la que constituida por necesidad, procede de la ley, que en ciertos casos sujeta á alguna persona á prestar esa garantía sobre bienes determinados. Nuestras leyes no reconocen ninguna otra división: las de judicial, general, tácita y otras, no subsisten entre nosotros, pues la primera, aunque admitida en las leyes españolas que nos rigieron, en el derecho romano y en otras legislaciones actuales, entre nosotros dejó de existir desde que tenemos el precepto legal que vamos examinando. Ciertamente, la enunciación simple y absoluta que hace la ley al dividir la hipoteca, excluye cualquiera otra clase de gravámen de este género, que no sea de los expresados por el legislador. Llamábase judicial la hipoteca que el juez constituía entregando al acreedor los bienes del deudor de una manera preventiva, con el fin de asegurar la debida ejecución de la sentencia si recaía en favor del primero. Entre nosotros esto sucedía de dos maneras, ó por la vía que se llamó de asentamiento, ó en el juicio ejecutivo. Esta hipoteca tenía por objeto asegurar los derechos del acreedor, derechos que la ley actual ha salvado con las anotaciones de que hablaremos adelante, sin necesidad de la conservación de ese gravámen que, como ya dijimos, quedó suprimido.

La hipoteca general de todos los bienes habidos y por haber, reconocida igualmente por las leyes antiguas y usada con tanta frecuencia que casi no había contrato en que no interviniera, también dejó de subsistir en razón de que el sistema seguido por nuestra ley requiere esencialmente la especialidad; de suerte que para que hoy



subsista la hipoteca, es preciso que se constituya sobre bienes señaladamente determinados, con lo cual no puede avenirse la generalidad que la otra suponía. Consecuencia inmediata de la hipoteca general fué la tácita, porque ella misma lo era. En el derecho romano todas las hipotecas eran tácitas; el español no adoptó esta doctrina en toda su plenitud; y admitiéndola en cuanto á las generales y legales, exigió la publicidad de las voluntarias. Hoy nuestras leyes adoptando la publicidad como condicion esencial de la hipoteca, declaran que esta nunca es tácita, y por tanto necesita para subsistir del respectivo registro.<sup>1</sup> Las causas que motivaron la abrogacion de la hipoteca tácita no pueden ser mas justas: el evitar el fraude que con su ocasion cometian los deudores, en perjuicio notorio de los demas acreedores hipotecarios de buena fé; acreditar la hipoteca expresa, que postergada en muchas ocasiones por la tácita, habia perdido en gran parte la importancia que justamente debe tener; impedir la dilacion de los concursos y las complicaciones y pleitos que nacia por cuestiones de preferencia, y en suma, darle valor á la propiedad inmueble, que es el objeto principal que en materia de hipotecas se propuso el legislador.

6.—Por regla general solo pueden celebrar este contrato los que sean capaces de disponer de sus bienes sin restriccion alguna legal, aunque por los incapaces pueden constituir hipoteca sus legítimos representantes, guardando todas las condiciones y solemnidades que la ley exige. En otros términos: solo puede hipotecar el que puede enajenar, así como solo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.<sup>2</sup> De esta disposicion se de-

<sup>1</sup> Art. 1980.—<sup>2</sup> Art. 1964.

duce que solo el dueño es capaz de hipotecar sus cosas, y nadie sin su autorizacion podria hacerlo válidamente; el que sea dueño de una cosa, pero por su edad, falta de razon ú otra circunstancia estuviese sujeto á interdiccion civil, no podrá hipotecar por sí mismo, y aun cuando lo hiciere no valdrá, por no ser válidos ninguno de los actos de los incapaces; por último, los representantes de estos, como los tutores ó ascendientes en su caso, para imponer un gravámen sobre una de las fincas del incapaz, necesitan, como recordaremos, probar que ello es de urgente necesidad ó evidente utilidad del menor ó incapacitado, y que el juez otorgue su licencia.

Por lo que hace á aquellas personas que no son incapaces, y sin embargo tienen en la administracion de sus bienes que observar algunas limitaciones impuestas por la ley, cuando esas limitaciones se refieran á la libre disposicion de lo que les pertenece, es indudable que no pueden hipotecar; tal sucede con la mujer casada, á quien está prohibido ejercer actos de administracion sin licencia de su marido ó del juez en su caso; pues no pudiendo administrar, es inconcuso que menos podrá practicar actos de enajenacion, como es la hipoteca. Los menores de veintiun años que están bajo la patria potestad, no pueden hipotecar los bienes que no fueren suyos, aunque tengan su administracion, ni aquellos que siéndolo están administrados exclusivamente por el padre, ó lo que es lo mismo, solo pueden hipotecar aquellos bienes de que tengan la administracion y propiedad al mismo tiempo; pues respecto de la administracion de los bienes que la ley ó el padre les concede, deben considerarse como emancipados, aunque, como explicamos en el tomo primero de esta obra, necesitan para hipotecar de la au-



torizacion del padre ó persona que ejerce la patria potestad, ó del juez en defecto de estos. Sin embargo, las anteriores prohibiciones solo se refieren á la hipoteca constituida por contrato, pues teniendo como tienen así la mujer como los menores facultad de testar, en el testamento que hicieren podrian gravar sus bienes sin obstáculo alguno, y valdria el gravámèn, como disposicion lícita del testador.

7.—Si solo puede hipotecar el que puede enajenar, segun acabamos de decir, es consiguiente que solo el que es dueño de una cosa pueda celebrar este contrato, y no un extraño; este principio consagra el respeto de la ley á la propiedad, y asegura con él el crédito territorial, el cual se veria expuesto desde el momento en que sin ser dueño de un bien inmueble, pudiera alguno ejercitar respecto de este actos de dominio. Consecuente con lo antes establecido, declara asimismo que la hipoteca constituida por el que no tenga derecho de hipotecar, no convalecerá, aunque el constituyente adquiriera despues el derecho de que carecia;<sup>1</sup> con cuya prescripcion no solo confirma lo que dejamos asentado, sino que reforma lo establecido en este punto por la anterior legislacion. En efecto, el derecho de las Partidas establecia lo contrario de nuestra ley actual, y aun daba por buena la venta ó hipoteca de cosa ajena, si expresa ó tácitamente lo consentia el dueño de ella. Esta doctrina, aunque descansaba en la equidad, que ordena que nadie pueda obrar contra sus propios actos, razon por la cual el que llegaba á adquirir el dominio de la cosa que habia hipotecado estaba obligado á sostener la hipoteca, por no poder alegar la nulidad de su acto, no tenia presente que acaso en el inter-

<sup>1</sup> Art. 1965.

medio que habia entre el contrato y la adquisicion, el verdadero dueño podia hipotecar realmente; y llegado el caso que la ley supone, los derechos de estos acreedores hipotecarios se perjudicarian concediéndole al que habia celebrado un acto nulo, una antelacion injusta; por otra parte, con tal doctrina se desacreditaria la propiedad, pues todo el que consiguiera la hipoteca de un bien inmueble estaria expuesto á sufrir esa injusticia, una vez que cualquiera podia haber gravado la finca para comprarla despues. Estos inconvenientes quiso remediar nuestra ley en la disposicion citada, y lo consiguió, como desde luego se comprende; mas no obstante su tenor, creemos, fundados en el principio de justicia en que descansaba la ley española, que si alguno hipotecare lo que no es suyo, aunque no podrá subsistir la hipoteca, el dueño de este derecho lo podria obligar á que la constituyera válidamente en la finca ya adquirida por él, equivaliendo el primer acto á una promesa; nos confirma mas en esta opinion el principio que enseña que nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio de otro, lo cual sucederia en el caso, si se privara de este derecho al acreedor.

8.—Puede asegurar con hipoteca cualquiera obligacion, el deudor ú otro por él,<sup>1</sup> pues que lo que esencialmente requiere la ley, es que el que hipoteca hipoteque lo suyo, y no hay inconveniente alguno en que la obligacion principal sea propia ó ajena. Si el dueño del inmueble hipoteca su finca por deuda de otro, ejerce sobre sus cosas un acto de dominio de que ninguno puede despojarle, y esta libertad de todo propietario no pudo ser desconocida por la ley. Pero ya sea que uno ú otro celebren este contrato, es decir, cualquiera que sea el due-

<sup>1</sup> Art. 1975.



ño del inmueble que va á hipotecarse, no podrá hacerlo sino con las condiciones ó limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad.<sup>1</sup> Es regla general, conocida de todos, que nadie puede conceder á otro derechos de que él mismo carece, por envolver tal cosa un absurdo. Pues bien, si la hipoteca es una especie de enajenacion y nadie puede enajenar lo que no tiene, el que trasfiere á otro un gravámen sobre su finca, no podrá hacerlo, ni valer este, aunque se haga, sino en lo que verdaderamente sea dueño y de que pueda disponer; y como las condiciones ó limitaciones de una propiedad son otros tantos derechos de que está privado el poseedor, es indudable que la hipoteca no puede comprenderlos. Así pues, no comprenderá esta las servidumbres, el usufructo, las condiciones resolubles del derecho de propiedad, y otras limitaciones á que esté sujeto el predio gravado.

La ley impone al propietario cuyo derecho sea condicional ó de cualquiera manera limitado, la obligacion de declarar en el contrato en que se constituya la hipoteca, la naturaleza de su propiedad, si la conoce; y de no hacerlo, declara que su omision importa presuncion de fraude.<sup>2</sup> Esta obligacion, impuesta al dueño del fundo, tiene por objeto alejar hasta donde es posible el engaño que pudiera sufrir el acreedor por la ocultacion de otros gravámenes, sin embargo de que en el registro público, de que hablaremos adelante, el acreedor podria conocer cumplidamente las responsabilidades de la propiedad respectiva. La presuncion de que habla la ley es de las que se conocen con el nombre de *juris*, y por tanto admite prueba en contrario; pero si no se destruye, si resulta que en verdad la omision del dueño fué maliciosa, sufrirá como

<sup>1</sup> Art. 1976.=<sup>2</sup> Art. 1977.

pena la impuesta al robo sin violencia, segun el tenor del art. 416 del Código penal del Distrito.

9.—Por último, los dueños en comun de un predio pueden, como todo propietario, hipotecarlo; pero no podrán hacerlo sobre su totalidad sin el consentimiento de todos, cuyo conjunto representa la personalidad del dueño; de otro modo, cualquiera de ellos podria despojar á los otros, y este despojo se haria al amparo de la ley, lo cual no debió permitirse; sin embargo, cada uno de los copropietarios puede hipotecar su porcion respectiva,<sup>1</sup> pues aunque de pronto solo surte efecto la hipoteca en el derecho real que el porcionero tiene sobre la cosa comun, ese derecho se hará efectivo una vez practicada la division y repartidas las porciones materiales del fundo. En consecuencia, las porciones de que habla aquí la ley son de las virtuales ó alicuotas que tiene cada comunero durante la indivision, porque si se refiriera á las materiales, seria inútil su prescripcion por una parte, y por otra, siendo como es el segundo período del art. 1978 una limitacion del primero, es de creerse que sigue hablando en el supuesto asentado en este, y no en otro que habria requerido otra redaccion.

10.—Al hablar de la naturaleza del contrato de hipoteca, dijimos que ella solo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, ó sobre derechos reales constituidos sobre ellos, y esta es la regla general para saber qué bienes pueden ser hipotecados; sin embargo, como entre ellos hay algunos que no pueden serlo absolutamente ó solo bajo condiciones determinadas, es preciso hablar, aunque sea brevemente, de unos y otros. La nuda propiedad como inmueble puede hipotecarse; es decir,

<sup>1</sup> Art. 1978.



cuando el dueño de una finca la tiene dada en usufructo, como no por tal circunstancia deja de ser propietario, puede hipotecar la propiedad de que goza sobre ella. En este caso, mientras el usufructo no se extinga, el acreedor no tendrá mas derechos que los que el contrato le señala; mas si se llegare á extinguir, sea por fenecer el término porque estaba concedido, sea por venta que el usufructuario haga al propietario, ó por cualquiera otra causa que produzca la consolidacion del usufructo y la propiedad en la persona del dueño, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá tambien al usufructo.<sup>1</sup> Esta doctrina está fundada en el principio de que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal, y siendo en este caso lo accesorio el usufructo, es natural que hipotecada la propiedad, siga aquel la modificacion que ha sufrido la naturaleza de esta. Además, como recordaremos, el propietario al hipotecar su finca lo hace sujeto á las limitaciones que tenga su derecho de propiedad: si pues esas limitaciones dejan de existir, se entiende hipotecada la propiedad en toda su plenitud. No sucederia lo mismo en el caso contrario, esto es, si el usufructuario hubiere hipotecado el derecho de percibir los frutos, porque entonces el acreedor no conseguiria mas ventajas, aunque hubiera la consolidacion en la persona de aquel, en razon de que el acreedor se conformó con los frutos; y siendo estos lo accesorio de una finca, nunca pueden atraer á sí la naturaleza de lo principal, que es la mera propiedad.

Por la misma razon de que queda dueño de la propiedad el que hipotecó una vez su finca, pues que la hipoteca no importa la pérdida del dominio, puede volverla á hipotecar aun á persona distinta, con tal de que su valor

<sup>1</sup> Art. 1947.

cubra las dos responsabilidades y declare la primera, segun llevamos explicado; y esto aunque sea con el pacto de no volverlos á hipotecar, salvos en todo caso los derechos de prelacion que fijaremos adelante.<sup>1</sup> La libertad que el propietario tiene para disponer de lo suyo no reconoce mas límite que el perjuicio de tercero; de modo que mientras este no se perjudique, aquella subsiste en toda su plenitud. Este perjuicio nunca puede existir para el primer hipotecario aunque despues de su hipoteca haya otra ú otras, pues que siendo primero en tiempo, la ley declara su mejor derecho; ni se perjudican tampoco por esta preferencia los hipotecarios posteriores, pues al prestar ellos su dinero, ya sabian, ó debian saberlo por medio del Registro, que habia un acreedor anterior cuyo crédito seria preferente en el pago; y si esto no obstante, se resolvieron á aceptar la garantía, cualquiera que sea el resultado de su operacion, á nadie pueden quejarse. Por lo que hace al pacto de no volver á hipotecar el inmueble hipotecado una vez, la ley declara que es nulo aunque se ponga, reformando con tal disposicion lo establecido por las leyes antiguas españolas. La validez de tal pacto no podia sostenerse adoptado el actual sistema hipotecario, porque él se oponía al desarrollo del crédito territorial que tanto protege la ley actual, y á la libertad de los deudores, porque limita la disposicion de sus bienes; lo cual no solo era injusto, sino que perjudicaba notoriamente sus intereses, obligándolos quizá á perecer por no poder buscar otros capitales que pudieran bien garantizar, tan solo por salvar la seguridad de una obligacion muchas veces insignificante y desproporcionada.

Los bienes pertenecientes á personas que no tienen la

<sup>1</sup> Art. 1948.