

libre disposicion de ellos, no pueden ser hipotecados sino con las formalidades que para su respectivo caso establece la ley.<sup>1</sup> Los dueños de tales cosas tienen el dominio pleno; pero razones de conveniencia pública y privada han hecho, como vimos en los títulos relativos del tomo primero de esta obra, que la ley ponga ciertas restricciones para su enajenacion ó gravámen; restricciones tan esenciales, que su falta invalidaría cualquiera de los actos á que ella se refiere. Ocioso sería repetir aquí los fundamentos en que esas limitaciones descansan, y por tanto remitimos á los lectores al lugar correspondiente.

11.—Hay otra clase de bienes cuya hipoteca, á diferencia de los que mencionamos en los párrafos anteriores, está prohibida de una manera absoluta, ya porque la resiste su naturaleza, ya porque la ley la ha prohibido, fundada en alguna razon de justicia. Los enumeraremos para mayor claridad. No se podrán hipotecar:

I. Los frutos y rentas pendientes, con separacion del predio que los produzca, porque separados de este se reputan cosas muebles capaces de perderse, destruirse ú ocultarse, y ya hemos dicho que sobre estos no puede recaer la hipoteca. El que cuando están unidos al predio se reputen inmuebles, consiste en que ellos son un accesorio que sigue la naturaleza del fundo, que es lo principal; y siendo este inmueble, ellos por fuerza toman el mismo carácter. Por lo que hace á las rentas, separadas del predio que las causa, son un bien mueble, como lo tiene declarado la ley y lo dejamos ya explicado en el título II del libro II:

II. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien

<sup>1</sup> Art. 1949.

para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios. Los bienes á que se refiere la ley se reputan inmuebles, no por su naturaleza, sino por el destino que su dueño les dió; cuando este los colocó adhiriéndolos al inmueble, la ley presume que fué su voluntad el que formaran parte de él, siguiendo por tanto su naturaleza. Separados del edificio ó considerados aisladamente, siempre serán muebles, porque entonces se pierde la consideracion que habia modificado su ser. Tal es la razon fundamental en que se apoya la prohibicion de la ley. Además, no se pueden hipotecar, porque la hipoteca supone una garantía cierta, y los bienes mencionados, pudiendo ser destruidos ú ocultados con facilidad, no la prestan:

III. Las servidumbres, á no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada. Al hablar en este capítulo de la naturaleza de la hipoteca, dijimos que aunque esta puede recaer sobre derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles, no todos los derechos reales pueden hipotecarse; exceptuamos, por via de ejemplo, las servidumbres, y reservamos para este lugar exponer la razon de tal doctrina.

Cuando expusimos la naturaleza de las servidumbres, asentamos que su inseparabilidad del fundo en que están constituidas es una de sus cualidades esenciales; de modo que ninguna de ellas podia ser vendida aisladamente ó con separacion de la finca á que estaba adherida. En el presente capítulo consignamos que los bienes que no pueden ser vendidos tampoco pueden ser hipotecados; y deducimos de ambos principios, que supuesto que las servidumbres no pueden venderse con separacion del fun-

do, tampoco pueden hipotecarse. Además de que, como acabamos de ver, el contenido de esta fracción es una consecuencia de disposiciones legales anteriores, se apoya en la razón; porque en efecto, si pudiera ser hipotecada separadamente una servidumbre que es un derecho incorporeal, no puede concebirse cómo podría servir de garantía, supuesto que no sería posible aprovecharse de ella, sino siendo dueño del predio dominante, pues que á este y á ninguno otro puede ser útil. Por fin, se exceptúa de la regla general la servidumbre de aguas, porque pudiendo servir de utilidad á un tercero, no hay inconveniente en enajenarla ó garantizar con ella una obligación cualquiera. Mas es necesario advertir que en este lugar no habla la ley de las servidumbres legales de aguas de que hablamos en el título VI del libro II, sino del derecho de usar y disponer de la agua que de otro predio pasa á nuestro fundo, y de la cual somos desde entonces dueños; por cuya razón, así como podríamos venderla, permutarla por otra cosa ó derecho, cederla, y en suma, celebrar con ella cuantas convenciones es posible celebrar con las demás cosas que están en el comercio humano, así también podríamos hipotecarla, garantizando con ella cualquiera obligación:

IV. El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por la ley á los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes. Por regla general el usufructo puede hipotecarse, porque el derecho de percibir los frutos de un fundo ajeno, que es en lo que consiste, es en su ejercicio de la libre disposición del usufructuario; mas esta doctrina se refiere al usufructo voluntario, sea oneroso ó gratuito, en lo cual no solo no hay inconveniente, sino que es una consecuencia necesaria de su naturaleza.

No sucede lo mismo con el usufructo legal constituido por disposición de la ley sobre algunos bienes y á favor de personas determinadas, que es el de que trata la fracción de que nos ocupamos, porque en este la ley, por razones de conveniencia pública, y sobre todo de moralidad, concede á los ascendientes el goce de los frutos de los bienes de sus descendientes, que ella señala, para que la familia subsista; y si permitiera su hipoteca, obraría contra la intención que tuvo al constituirla y ocasionaria en muchos casos las escaseces y aun la miseria de la familia:

V. El uso y la habitación. Esta prescripción es una consecuencia de las doctrinas que dejamos consignadas en el tomo I, relativas á estos dos derechos; como recordaremos, ni el usuario, ni el habitador pueden arrendar ni vender el uso ó la habitación, ni sus acreedores pueden embargarlos, porque son derechos que aunque reales, son personalísimos é intrasmisibles por su naturaleza, destinados únicamente á llenar algunas, y no todas las necesidades del que los disfruta. Pues bien, si la hipoteca es esencialmente la garantía de una obligación, es indudable que no puede constituirse sobre ninguno de estos dos derechos, supuesto que no pudiendo los acreedores embargarlos, ella vendría á ser perfectamente inútil; además, no puede enajenarse por disposición de la ley; y como los bienes que no pueden ser enajenados tampoco pueden ser hipotecados, es claro que no pueden ser objeto de la hipoteca los dos derechos de que venimos hablando:

VI. Los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta. La venta que se verifica con el pacto de que si dentro de cierto tiempo el vendedor devuelve al com-

prador el precio que recibió, este tendrá la obligación de devolver á su vez la finca comprada, es la que se dice hecha con pacto de retroventa. Esta brevísima explicación nos revela que el comprador en tal caso, mientras no llegue el tiempo señalado en el contrato y el vendedor no ejercite su derecho, no tiene sobre la cosa que compró mas que un dominio revocable, como que está dependiendo de un hecho que puede muy bien verificarse. Siendo revocable el dominio del comprador, mal puede este hipotecar la finca, así porque solo puede celebrar este contrato el que es dueño, y por tal no se entiende con propiedad mas que el que tiene un dominio irrevocable y absoluto, como porque si pudiera hacerlo expondría los intereses del acreedor que no conseguiría una garantía eficaz y cierta, supuesto que reclamando el vendedor el inmueble, debe pasarle sin gravámen ninguno, que él no le hubiere impuesto con anterioridad. Tampoco el vendedor podría hipotecar la finca suya así vendida, porque de él sí puede decirse que no es dueño entretanto no devuelva el precio y la adquiera de nuevo, sin que esta expectativa pudiera variar la doctrina asentada, pues ya dijimos en este mismo capítulo, que no convalece la hipoteca constituida por el que no es dueño de la cosa, aun cuando despues llegue á serlo:

VII. Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, aunque estén situadas en terreno propio. Los minerales se reputan bienes de la nacion; y para adquirir su dominio es absolutamente precisa la concesion del Gobierno, observándose en ello lo prescrito por el Código de minería; si pues antes de obtener dicha concesion nadie puede llamarse dueño, y solo este puede hipotecar, es seguro que las minas en el

caso de esta fracción no pueden hipotecarse; y esta doctrina no se opone á lo que sobre derechos del dueño del suelo dejamos expuesto en el libro II, porque allí salvamos precisamente lo prescrito por las Ordenanzas de minas:

VIII. Los bienes litigiosos, por último, no son en el sentir de nuestros legisladores, susceptibles de hipoteca, porque ciertamente, mientras no se sepa quién es el verdadero dueño de una cosa, no puede saberse quién de los que disputan la propiedad puede ejercitar ese derecho; mas debe advertirse que la ley en este caso entiende por litigiosos aquellos bienes en que por disputarse el dominio están en tela de juicio y mientras lo están, pues es indudable que antes el que se reputaba dueño pudo muy bien venderlos ó gravarlos, á causa de que hasta entonces nadie contradecía su derecho; despues de decidida la cuestion judicial, ya la dificultad desaparece por saberse quién es el verdadero propietario. Acaso habria el inconveniente de que el que disfrutara la propiedad fuera demandado sobre ella con malicia para impedirle injustamente el uso de sus derechos; mas creemos que mayor dificultad traeria el conceder la hipoteca de esta clase de bienes, y que el legislador optó por el menor mal.

12.—La hipoteca no puede constituirse de palabra ni en escrito privado, aunque sea ante testigos, porque importando ella un gravámen sobre la finca en que se constituye y debiendo obrar este no solo contra el dueño sino tambien contra terceros que tengan derechos que reclamar, si así se hiciera, se daría ocasion á fingir contratos de esta especie fraudulentamente, vista la facilidad de extenderlos; y además, al tratarse de la prelacion de varias hipotecas sobre una misma finca, por la confusion que

indefectiblemente resultaria de la manera de otorgarse, no se tendria seguridad en la justicia de las decisiones que debieran recaer. Vista, pues, la necesidad de hacer de la hipoteca una verdadera garantía para el acreedor, asegurando su derecho contra tercero, y de alejar en favor del deudor ó dueño los peligros de una promesa ó de un escrito puesto quizá inconsideradamente en los momentos de afliccion, la ley ordena que la hipoteca solo pueda ser constituida en escritura pública; con cuyo requisito quedan destruidos todos los inconvenientes que ligeramente anotamos, y satisfecha la intencion de la ley. Obliga además á los notarios que intervengan en la constitucion de las hipotecas, á que declaren la hora del dia en que se otorgó la escritura, bajo pena de pérdida de oficio,<sup>1</sup> porque si bien es cierto que la hipoteca no surte efecto alguno legal sino desde que esté debidamente registrada, como veremos adelante, en el caso de no llegar á registrarse, el crédito contenido en la escritura se convertiria en simple escriturario, y sin esa prescripcion legal, no podrian determinarse los derechos de prelación entre él y otros de la misma clase, otorgados en un mismo dia. La pena de privacion de oficio, aunque severa, acaso fué necesaria para asegurar el cumplimiento de aquel precépto, que siendo enteramente nuevo y no acostumbrándolo los notarios, habria corrido riesgo de no ser obedecido. En el capítulo 4º, en que trataremos del registro de las hipotecas, expondremos los requisitos que se necesitan para que sea válida, y con esta materia completaremos lo relativo á la manera de constituir las hipotecas, pues no podriamos hacerlo en este lugar sin abandonar el método que nos hemos propuesto seguir.

<sup>1</sup> Art. 1979.

13.— Varias veces hemos dicho en el curso de este capítulo, que la hipoteca recae ó se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales; veamos ahora cuál es la extension que sobre ellos tiene, pues solo así podremos llegar á conocer qué importa la constitucion de un gravámen, y por tanto qué derechos tiene el acreedor y cuáles son las obligaciones del deudor. La ley actual enseña que la hipoteca de un predio comprende:

I. La área ó superficie nuda que sirve de base á los edificios:

II. Los edificios ó cualesquiera otras construcciones ejecutadas sobre la área; y se extiende á las mejoras y accesiones naturales, y á los objetos muebles que el propietario agregue á perpetuidad á la finca hipotecada.<sup>1</sup>

Constituida la hipoteca sobre un bien inmueble, y llamándose tales los edificios ó suelo de que es dueño el que hipoteca, es indudable que cuando se trata de un predio que no tiene construcciones, la hipoteca recae sobre la área únicamente; mas si hubiere edificios construidos sobre ella, la comprenderá asimismo como parte de todo el edificio y con el cual se confunde. Mas no solo la área quedará hipotecada en este último caso, sino todo lo construido sobre ella, lo cual es natural, supuesto que bajo el nombre de predio ó finca se comprenden ambas cosas. Se extiende á las mejoras y accesiones naturales, así porque ellas vienen á ser parte del inmueble hipotecado, inmuebles ellas tambien, ya por su naturaleza ó ya por su agregacion de una manera perpetua al predio, como porque es equitativo conceder este derecho al acreedor, que está sujeto á soportar los deméritos y aun destruccion del fundo en que ha comprometido sus intereses, lo cual

<sup>1</sup> Art. 1944.

está conforme con otras doctrinas legales, que sobre indivisibilidad de las hipotecas expondremos adelante. Por lo que hace á los objetos muebles de que habla la ley, como recordaremos, están reputados como inmuebles, segun explicamos en el libro II, y forman un todo con el fundo á que están adheridos; en tal concepto, la hipoteca que recaiga sobre este, recae igualmente sobre ellos, que son una de sus partes. Sin embargo, como la calidad de inmuebles que tienen, la conservan solo por el hecho de estar incrustados ó adheridos al edificio, cuando el propietario los separa de este, recobran su naturaleza de muebles y dejan de formar parte de aquel. Por tal razon, si la separacion de que hablamos se ha verificado antes de la constitucion de la hipoteca, y el dueño los ha enajenado, el acreedor hipotecario no tendrá accion contra este ni contra el tercer poseedor;<sup>1</sup> debe, sin embargo, exceptuarse el caso en que con malicia y ocultamente se haya hecho la separacion, procurando engañar al acreedor hipotecario, porque entonces, siguiendo los principios de la justicia natural, podria, en nuestro concepto, reclamarse el perjuicio al deudor doloso.

Si la separacion se hizo despues de la constitucion de la hipoteca, razones hay en pro y en contra para decidir si pueden ó no perseguirse del tercer poseedor; nosotros, atendiendo á que en otra parte asentamos que todo lo que esté unido á un edificio de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro irreparable del mismo edificio ó del objeto á que está adherido, las estatuas colocadas en nichos construidos en el edificio exclusivamente para ellas, y cualquier objeto artístico incrustado en el edificio, aun cuando se separen de este, no se re-

<sup>1</sup> Art. 1946.

putan muebles, sino que conservan la calidad de inmuebles, en el caso de que en el valor del primero se haya computado el de estos para constituir algun derecho real á favor de un tercero,<sup>1</sup> creemos que separados del edificio, si existió la circunstancia de que acabamos de hacer mencion, podrá perseguirlos el acreedor hipotecario como parte que son de la hipoteca, sacándolos del poder de quien los tenga, y si esto no fuere posible, dirigir su accion por ellos contra el deudor. El que los hubiere comprado, en el primer caso, podrá repetir contra el que se los vendió, quien deberá pagarle su valor con los daños y perjuicios que se le hayan originado, como vendedor doloso. Verdad es que el que hipoteca un edificio de su propiedad no por eso se priva de venderlo; y si esto se dice de lo principal, con mayor razon de los objetos muebles que le están adheridos y que le son accesorios; en uno y otro caso, segun este principio, la venta vale; mas así como al vender el primero se tiene que salvar el valor de la hipoteca, de la misma manera debe suceder en la venta de los segundos. No desconocemos que dichos bienes separados del edificio pueden ocultarse ó destruirse fácilmente, y que por tanto no pueden servir de garantía cierta y eficaz como requiere la hipoteca; mas en tales casos es indudable que el deudor que los vendió, si con su separacion hizo bajar el precio de la finca, tendrá que ampliar la garantía dada, para no perjudicar los intereses del acreedor; pero si los muebles existen y este exigiere que conforme á su contrato ellos vuelvan á formar parte del edificio, repetimos que á nuestro juicio así debería hacerse.

14.—De las dos reglas asentadas en el principio del

<sup>1</sup> Art. 783.

párrafo anterior, se desprende que cuando se hipotecare una construccion levantada en terreno ajeno, la hipoteca no comprende la área,<sup>1</sup> pues nadie puede gravar lo que no es suyo. Cuando la hipoteca recayere en fincas sujetas á gravámenes reales, no comprenderá aquella mas que el valor de las mismas fincas, deduciendo el del gravámen real, ó la prestacion correspondiente á cinco años, si la obligacion fuere de rentas ó pensiones anuales;<sup>2</sup> es decir, si el gravámen real no produce ni rentas ni pensiones, solo se deducirá lo que él importe; mas si las produjere, además del valor del gravámen se deberá deducir el de la prestacion correspondiente á cinco años; cuya disposicion está de acuerdo con otra que consignaremos adelante, la cual enseña que si el crédito hipotecario causa rédito, el predio gravado no responde por los caidos de mas de cinco años. Ambas disposiciones reconocen por causa el que el acreedor hipotecario tenga ciencia cierta de cuáles son las verdaderas responsabilidades de la finca que se le hipoteca, pues fácilmente podria engañarse con perjuicio de sus intereses, si no hubiera puesto el legislador tal limitacion á los réditos. El que la hipoteca en el caso que examinamos en este párrafo, no comprenda el valor de los gravámenes anteriores y la prestacion de cinco años, se funda en que aquellas son antiguas responsabilidades de la finca, que deben respetarse, pues aunque el deudor es dueño de su propiedad, lo es en cuanto esta no esté limitada ó modificada, y ya dijimos antes que puede hipotecar el dueño en este caso, pero con las condiciones ó limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad.

Como acabamos de decir, si el crédito hipotecario cau-

<sup>1</sup> Art. 1945.=<sup>2</sup> Art. 1943.

sa rédito, el predio gravado no responde por los caidos de mas de cinco años; antiguamente no existia esta limitacion, y ello ocasionaba el que el acreedor hipotecario posterior se perjudicase en muchas ocasiones, ya por negligencia del primero, ya por fraude cometido por este y el deudor, pues descansando en que la finca no reconocia mas que cierto número de capitales, aceptaba la hipoteca, y cuando despues de largos años de concurso se dictaba la sentencia de graduacion, se encontraba con que los capitales anteriores y sus réditos absorbian todo el valor de la finca y nada quedaba para pagar el suyo. Este inconveniente quedó remediado con la disposicion que acabamos de consignar, pues sabiendo que solo cinco años de réditos tienen prelación, ya es fácil al que se le ofrece la hipoteca hacer el cómputo y ver con entera claridad si le conviene ó no tal garantía. Así lo expone la misma Comision del Código civil al fundar el motivo de esta disposicion. Sin embargo, no es tan absoluta esta que prive al dueño del predio de pactar ampliaciones para asegurar mayor número de años los réditos que produce la obligacion, porque el objeto de la ley es que el acreedor posterior no se engañe; de suerte que siempre que tenga datos ciertos para juzgar con exactitud de las responsabilidades anteriores que reporta la finca, nada mas puede pedir. Mas para que tal ampliacion sea legítima es necesario que ella se asiente en el registro, el cual solo desde su fecha producirá efecto contra tercero,<sup>1</sup> pues solo de este modo podria conseguirse aquel conocimiento que la ley procura que tenga el acreedor posterior. En cuanto á los que anteriormente hayan adquirido derechos sobre la finca, es evidente que la ampliacion de

<sup>1</sup> Art. 1972.

los réditos no les perjudica, como la misma ley lo da á entender, consecuente con el sistema de publicidad que sostiene en toda esta materia. Por último, debe entenderse que la limitacion de la hipoteca á solo cinco años de réditos surte su efecto entre los mismos acreedores hipotecarios ú otro tercero que persiga la finca gravada, pero no respecto del deudor ó dueño de esta, quien está obligado á responder con ella por la totalidad del crédito hipotecario y sus réditos insolutos, sea cualquiera el número de años que hayan dejado de pagarse.

15.—Debe advertirse además, que aunque el legislador faculta al deudor para ampliar el efecto de la hipoteca respecto de los réditos, más allá del tiempo que la ley ha fijado, es en el concepto de que él sea el dueño de los bienes hipotecados, en cuyo caso se concibe fácilmente que si el acreedor lo exige y él quiere, puede hacerlo, pues tiene libertad para celebrar tal pacto; mas si la hipoteca hubiere sido constituida por un tercero, asegurando la obligacion del deudor principal, aunque el acreedor pretendiere tal ampliacion, no podria hacerse si el tercero, dueño de los bienes gravados, no lo consiente; porque él ha aceptado sobre estos la obligacion del deudor, en los términos y con los límites que la ley marca; y todo lo que haga aumentar tal obligacion importa un nuevo convenio para el cual se requiere su voluntad. Por esto la misma ley, previendo este caso, enseña:<sup>1</sup> que si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliacion de hipoteca de que acabamos de hablar; pero podrá ejercitar igual derecho respecto de cualesquiera otros bienes inmuebles que posea el mismo deudor y

<sup>1</sup> Art. 1973.

puedan ser hipotecados, en razon de que siendo este el obligado por capital y réditos sin limitacion, no puede negarse á la exigencia justa del acreedor que pretenda asegurar los últimos. El que no pueda hacerlo respecto de la finca hipotecada, no le priva del derecho de hacerlo en bienes del deudor principal, pues la excepcion de la ley en favor del tercero se funda en que este no es el obligado personalmente á cumplir la obligacion; de lo cual se infiere que debe dirigirse el acreedor contra los bienes del deudor principal.

16.—Pudiera suceder que no una sino varias fincas se hipotecaran juntamente por un solo crédito, y entonces, para conocer la extension de este derecho seria preciso determinar la cantidad ó parte de gravámen de que cada una deba responder. La ley, en efecto, así lo manda,<sup>1</sup> estableciendo con este principio una doctrina contraria á la que en este punto profesaba nuestra antigua legislacion: esta ordenaba, como recordaremos, que en el caso previsto por la ley actual, todas las fincas quedaran hipotecadas juntamente y por la totalidad del crédito hipotecario; mas tal prescripcion, sobre afectar el crédito territorial, perjudicaba á los que solicitaban capitales sobre sus fincas, pues los prestamistas siempre querrian la hipoteca de todos los bienes del deudor, aun cuando uno de ellos les fuera suficiente. Nuestra ley con el principio contrario combate los dos inconvenientes; procura el desarrollo del crédito territorial, una vez que limitando á una parte del valor de cada finca el gravámen, deja al dueño expedito para procurarse otros capitales sobre la parte libre que en cada finca le queda; evita la exigencia de los prestamistas, pues sabiendo que por la

<sup>1</sup> Art. 1953.