

ra pagarse con el precio de preferencia á los acreedores quirografarios. ¿De qué serviría una hipoteca sobre bienes que no se pudieran vender? Hé aquí por qué los bienes dotales bajo el régimen dotal no pueden hipotecarse; en principio la ley los declara inalienables (art. 1554).

Los autores formulan el principio en otros términos: para que un inmueble se pueda hipotecar se necesita sea embargable; la venta del inmueble hipotecado por promoción del acreedor no se hace por enajenación voluntaria, se hace por expropiación forzada; luego en embargo inmobiliario. La fórmula práctica del principio es, pues, la de los autores: *Únicamente son susceptibles de hipoteca los inmuebles que puedan ser objeto de un embargo inmobiliario, conforme á las leyes del procedimiento.* (1) Es por esta razón por lo que el art. 45 está concebido en los mismos términos que el art. 1.º de la ley de 15 de Agosto de 1854, que dice: «El acreedor puede perseguir la expropiación: 1.º de bienes inmobiliarios y de sus accesorios reputados inmuebles de la propiedad de su deudor; 2.º de los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie que pertenezcan al deudor de los bienes de igual naturaleza.»

Por bienes inmobiliarios la Ley Hipotecaria y la ley sobre expropiación forzada abrazan los bienes que el Código Civil declara inmuebles por su naturaleza; es decir, los fundos de tierra y las construcciones. A decir verdad los terrenos son los únicos bienes que son inmuebles por su naturaleza; las construcciones se componen de objetos mobiliarios que se hacen inmuebles por su incorporación al suelo; hablaremos de ellos al tratar de los muebles hechos inmuebles. La ley de 1854 agrega: pertenecen á la «propiedad del deudor.» Por *propiedad* se debe entender no sólo toda la propiedad sino también la nuda propiedad; la ley no dis-

1 Valette, p. 185, núm. 127; Martou, t. II, p. 332, núm. 714. Denegada, 10 de Marzo de 1852 (Dallez, 1852, 2, 111).

tingue, y no habría lugar á distinguir, puesto que la nuda propiedad es un inmueble que está en el comercio y que es embargable.

196. También se pueden hipotecar bienes indivisos: la validez de la hipoteca dependerá de la partición. En tanto que no se haga la partición los acreedores no pueden embargar la parte indivisa del deudor; el acreedor que tiene una hipoteca en una parte indivisa debe, pues, comenzar por provocar la partición, y siempre puede intervenir en ella para resguardar sus derechos. La ley de 15 de Agosto de 1854 contiene muchas disposiciones en favor de los acreedores hipotecarios. Nos limitaremos á transcribirlas refiriéndonos al magnífico comentario de Martou y Vandekerckhove, continuado por M. Waelbroeck, nuestro apreciable colega. Si el inmueble indiviso que está gravado con la hipoteca está licitado, y si se adjudicó á otra persona que no sea el colicitante que consintió la hipoteca, el derecho del acreedor hipotecario recaerá en la parte del deudor en el precio. En caso de partición con saldo las sumas que el copartícipe gravado con el saldo estaría obligado á pagar estarán afectadas á los créditos hipotecarios que pierden este carácter cuando el inmueble hipotecado cae en el lote del copartícipe deudor del saldo respecto al copartícipe que es su acreedor; el saldo representa una parte del inmueble por el cual la hipoteca fué mantenida si hubiese sido puesta en el lote del heredero que hubiera hipotecado su parte indivisa; la ley reporta la hipoteca en el saldo (artículo 2).

197. Hay un caso en el cual el propietario no puede ni enajenar ni hipotecar. La ley de 15 de Agosto de 1854, art. 27, dice: «El deudor no puede, desde el día de la transcripción del embargo ó de la condena, ni enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados ó señalados por la condena bajo pena de nulidad y sin que haya, necesidad de pronun-

ciarla. Como muy amenudo estaremos precisados á citar esta disposición nos detendremos en ella un momento. La prohibición de hipotecar no es, en este caso, la consecuencia de la prohibición de enajenar; la enajenación se prohíbe al deudor porque nulificaría el embargo que sólo puede trabarse contra el detentor actual; mientras que la constitución de la hipoteca no impediría continuarse el embargo porque no amenaza en nada á los acreedores hipotecarios que conservan su lugar. Si la ley no permite al embargado hipotecar no puede ser más que en interés de los acreedores quirografarios. La ley de 1851 suprime la hipoteca judicial; si se hubiera permitido hipotecar al embargado podría substraerse al efecto de la sentencia pronunciada contra él hipotecando sus bienes durante el curso del embargo. Hé aquí por qué el legislador belga ha reportado la incapacidad de enajenar y de hipotecar el día de la transcripción de la condena, mientras que, según el Código de Procedimientos, no comenzaría sino á partir de la denuncia del embargo. De esta manera el acreedor embargante puede señalar los bienes con inalienabilidad desde el principio del procedimiento, puesto que la condena precede al embargo. (1)

198. Se presenta la cuestión de saber si el secuestro de guerra hace á los bienes inalienables é impide, por consecuencia, al propietario hipotecarlos. Se ha juzgado que este secuestro sólo quita al propietario la administración de los bienes y, por consecuencia, el goce; pero no suspende el ejercicio del derecho de propiedad. Por consiguiente, las hipotecas consentidas durante el secuestro se declararon válidas. (2)

199. La ley coloca aún entre los inmuebles de la naturaleza los frutos en pie, en ramas ó en raíces; pero el artícu-

1 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854 (t. II, p. 261, art. 27, núms. 6 á 8).

2 Lieja, 19 de Julio de 1819 [Pasicrisia, 1819, p. 434].

lo 520 agrega que los frutos son muebles desde que se cortan ó se desprenden. Sucede lo mismo con la leña, que se hace inmueble á paso y medida que se cortan los árboles (artículo 521). De lo que se sigue que no se pueden hipotecar los frutos separadamente del terreno; esto sería hipotecar una cosa mobiliaria, puesto que los frutos son muebles cuando se les considera en una convención como debiéndose desprender de la tierra. Los frutos no pueden hipotecarse sino con el fundo; mejor dicho, la hipoteca que grava el fundo grava necesariamente los frutos, puesto que éstos forman parte del fundo. En la teoría del Código los frutos no son más que un accesorio del fundo, se confunden con el partícipe del fundo; lo mismo que el Código considera como inmuebles, por su naturaleza, las construcciones en razón de su incorporación con el suelo y no á título accesorio.

La teoría del Código no es exacta. Hay una diferencia esencial entre los inmuebles por naturaleza; es decir, los fundos de terreno y los inmuebles por incorporación, como las construcciones y los frutos. La tierra nunca deja de ser inmueble, no se la puede movilizar; luego la hipoteca que la grava es permanente y perfecta; las construcciones, al contrario, pueden destruirse y los frutos se desprenden necesariamente del suelo en su madurez. Nace entonces la cuestión de saber en lo que se convierte la hipoteca. La solución depende, en parte, de la influencia que la hipoteca tiene sobre los derechos del propietario del inmueble; la examinaremos más adelante.

200. La ley de 21 de Abril de 1810 dispone que las minas son inmuebles (art. 8). Es un inmueble por incorporación, lo mismo que los frutos. La ley parece considerar las minas como un inmueble por naturaleza; hay, en efecto, bajo este punto de vista de la clasificación, identidad entre

las minas y los frutos. Pero la propiedad de las minas y, por consiguiente, la hipoteca de las mismas están sometidas á reglas particulares. La ley distingue tres especies de propiedades en esta materia: la de superficie, la de la mina y la de la compensación pagada al propietario de la mina.

Las minas no pueden ser explotadas más que en virtud de una acta de concesión emanada del Gobierno; la concesión puede ser concedida, ya sea al propietario, ya á un tercero. Desde el momento en que una mina está concedida, aun al propietario de la superficie, forma una propiedad inmobiliar distinta de la de la superficie. Hay, pues, dos inmuebles, uno y otro susceptibles de ser hipotecados. La superficie conserva su naturaleza mueble; las hipotecas establecidas en el terreno subsisten en la superficie y ésta puede ser gravada con nuevas hipotecas. La mina forma una propiedad nueva en la que, dice la ley de 1810 (art. 19), nuevas hipotecas podrán igualmente rentarse.

Si la mina no está concedida al propietario éste tiene derecho á una recompensa fijada por el acta de concesión. La recompensa es un derecho mueble y no puede, por consiguiente, ser hipotecada separadamente. Pero si la superficie está hipotecada el acreedor hipotecado ejercerá su derecho en la superficie, y es la compensación la que permanecerá reunida al valor de la superficie y quedará gravada con ella por la hipoteca tomada por los acreedores del propietario (arts. 6 y 18 de la ley de 1810).

201. Las disposiciones que acabamos de analizar sólo hablan de las minas. ¿Deben aplicarse á las canteras? La afirmativa fué sentenciada por la Corte de Lieja. (1) Pero la Corte no ha decidido que se debe aplicar en todo á las canteras lo que la ley de 1810 dice de las minas. La explotación de las canteras no es objeto de una acta de concesión como la de las minas; por consiguiente, no crea tres propie-

1 Lieja, 1.º de Diciembre de 1848 (Pasicrisia, 1849, 2, 95).

dades distintas. Todo cuanto dice la Corte de Lieja es que las canteras son inmuebles por su naturaleza, como lo serían las minas, aunque la ley de 1810 no las hubiera declarado inmuebles. La sentencia decide, pues, implícitamente que las canteras están sometidas al derecho común. Así como las minas concedidas son inmuebles las canteras concedidas lo son igualmente. Sin embargo, debe observarse, en el caso, que la concesión ocupaba, pues, el lugar del propietario; en estas circunstancias es verdad decir con la Corte de Lieja que las canteras son una parte integrante del suelo y que, así como una mina, no cambian de naturaleza pasando de uno á otro propietario por una concesión perpetua.

*Num. 2. De los inmuebles por destino.*

202. El Código Civil admite una segunda clase de inmuebles: son los inmuebles por destino. Son inmuebles por destino los objetos que el propietario del fundo coloca en éste para el servicio y explotación de este fundo, y en segundo lugar los efectos muebles que el propietario liga al fundo en perpetuo sitio (art. 524). La Ley Hipotecaria no habla de los inmuebles por destino, pero contiene una disposición general que se aplica á ellos: "La hipoteca adquirida se extiende á los accesorios reputados inmuebles." Estas palabras *accesorios reputados inmuebles* son generales, comprenden los objetos muebles ligados al fundo por destino agrícola ó industrial ó por perpetuo sitio. Si la ley los califica de inmuebles es precisamente porque forman accesorios de una explotación inmobiliar ó porque el propietario les ha legado el suelo como accesorio perpetuo. La ley dice que la hipoteca se *extiende* á estos accesorios para marcar que los inmuebles por destino no pueden ser hipotecados separadamente del fundo; lo que, además, es evidente, pues separados del fundo estos objetos ya no son inmuebles.

La redacción de la nueva ley podría dar lugar á una nueva duda en las personas extrañas al derecho. La hipoteca *adquirida*, dice el art. 45, se *extiende* á los accesorios inmobiliarios. Esto quiere decir, á la letra, que la hipoteca, después de constituida, se extiende á los accesorios que están ligados posteriormente al inmueble; lo que parecería excluir los accesorios ya immobilizados cuando la constitución de la hipoteca. Se ha dado este mal argumento ante los tribunales; se entiende que los jueces no le hicieron caso. Lo principal abarca necesariamente lo accesorio; no se concibe que haya explotación agrícola ni uno ú otro de esos objetos que el art. 524 enumera; los animales ligados al cultivo, los utensilios aratorios, las semillas, etc., así como no se concibe explotación industrial sin máquina ó aparatos. En cuanto á los objetos muebles immobilizados por el perpetuo sitio es evidente que el propietario que los legó al fundo á perpetuidad entendió hipotecarlos con el fundo. No es necesario que el acta enumere estos accesorios que están comprendidos de derecho en la hipoteca del fundo, el que no existiría sin los objetos necesarios á su explotación. Si el acta enumera algunos de los accesorios no debe inducirse de esto que los demás no están comprendidos en la hipoteca de fundo; el argumento *a contrario* nunca se emplea tan mal como en esta materia, puesto que está en oposición con la naturaleza de las cosas tanto como con los principios. (1)

*Núm. 3. De las mejoras.*

203. El art. 45 agrega que la hipoteca se extiende á las *mejoras* sobrevenidas al inmueble hipotecado. ¿Qué debe entenderse por *mejoras*? Esto es la reproducción del artícu-

1 Bruselas, 20 de Julio de 1864 (Pasierisia, 1865, 2, 39). Compárese Denegada, 11 de Abril de 1833 [Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 800]; Pont, tomo I, p. 400, núms. 374 y 375.

lo 2133 del Código Civil. Cuando la discusión del proyecto de Código un miembro del Consejo de Estado preguntó si por esta palabra debía entenderse el crecimiento considerable que se opera por el aluvión ó cuando un río cambia de madre. Treilhard dió una contestación bastante mala distinguiendo entre el crecimiento insensible producido por el aluvión y el crecimiento que constituye un nuevo fundo distinto del primero. Tronchet restableció los verdaderos principios. La mejora es un accesorio; en el libro segundo del Código se dice cuáles cosas son accesorias; todas se identifican con lo principal, el fundo y, por consiguiente, quedan afectas á los cargos del fundo gravado. (1) Las mejoras están, pues, regidas por el principio de la accesión: si forman accesorios quedan comprendidas en la hipoteca de la cosa principal, si no forman accesorio no quedan sometidas á la hipoteca. Tal es el principio; las aplicaciones son fáciles apesar de las controversias que se han suscitadas

204. Todos están acordes en los aluviones, aun Treilhard, y, sin embargo, puede que de ellos resulte un crecimiento muy considerable que forme un fundo nuevo, distinto del primero. ¿Pero qué importa? No es la extensión de la mejora lo que determina la extensión de la hipoteca á las accesiones la que es decisiva: débil ó importante la mejora sigue lo principal á título de accesorio (art. 556).

¿Qué debe decirse cuando un río quita por una fuerza súbita una parte considerable y reconocible de un terreno ribereño y lo lleva á otro campo? Esta es la hipótesis á la que Treilhard pareció referirse. Sin embargo, debe decirse, contrariamente á su opinión, que la hipoteca recaerá en el campo que la acción de las aguas anexó á la heredad hipotecada; si el propietario lo aprovecha es por un efecto

1 Sesión de 5 Ventoso, año XII, núm. 12 (Loché, t. VIII, p. 205). M. Le Lièvre se expresó en el mismo sentido: «La expresión mejoras debe entenderse en su más lato sentido y se aplica á todo lo que se une al inmueble por acción» (Informe, en Parent, p. 130).

de la accesión, y el accesorio, al extender el fundo, extiende necesariamente la hipoteca que lo grava.

Lo mismo pasa con las islas, y por iguales razones. En este punto hay, sin embargo, controversia. Un autor que gustamos seguir, Martou, enseña que la hipoteca no se extiende á la isla porque ésta forma un fundo nuevo enteramente distinto del que está hipotecado. Esto no es exacto; es porque el ribereño es propietario del lecho del río por lo que se convierte en propietario de la isla; ésta no es, pues, un nuevo fundo que adquiere, es una dependencia, una acción del fundo hipotecado, y con tal título lo es la que queda comprendida en el inmueble como el aluvión. La mayor parte de los autores se han pronunciado en este sentido. (1)

205. El art. 563 prevee un caso en que hay duda. Un río abandona su antigua madre, el que se vuelve propiedad de aquellos cuyos fundos fueron nuevamente ocupados por el río. Se pregunta si el lecho antiguo quedará gravado de hipoteca en favor de los acreedores hipotecarios. Aquí el texto y el espíritu de la ley se oponen á la extensión de la hipoteca. El Código Civil atribuye el nuevo lecho á los propietarios cuyos fundos fueron invadidos por el río, no á título de accesión sino á título de *indemnización*, y la indemnización es un crédito personal que la ley concede por consideraciones de equidad, y la extensión de la hipoteca á fundos que vienen á acrecentar y mejorar el fundo hipoteca no tiene más razón de ser que el principio de la accesión; lo que ya decide nuestra cuestión. Por otra parte, el lecho del antiguo río constituye realmente una propiedad diferente que no estaba gravada por la inscripción primitiva; se necesitaría, pues, una nueva inscripción y, por consiguiente, una convención nueva; lo que nos coloca fuera del caso previsto por el art. 45 (Código Civil, artícu-

1 Pont, t. I, p. 426 y las autoridades que cita.

lo 2133). La cuestión está, no obstante, controvertida. (1)

206. ¿El principio relativo á las *mejoras* se aplica también á las que proceden de trabajos hechos por el propietario del fundo hipotecado? En nuestro concepto la afirmativa no es dudosa; si se admite el principio hay que admitir también las consecuencias que proceden de él. La palabra *mejoras* se dice de los gastos útiles hechos para aumentar el valor del fundo; es en este sentido como el artículo 103 (Código Civil, art. 2175) emplea esta expresión, precisamente en un caso en que los acreedores hipotecarios ejercen su derecho en las mejoras procuradas al fundo por el tercer detentor. Estas mejoras consisten en trabajos de plantío, de reposiciones, de reconstrucciones y de construcciones nuevas. Sólo en este último punto hay disensiones entre los autores; esta controversia, como muchas otras, no hubiera surgido si los intérpretes permanecieran fieles á los principios y no vinieran á invocar la equidad donde sólo el derecho debe decidir. ¿Hay siquiera una sombra de diferencia entre una construcción en un fundo no construido y una reconstrucción más ó menos extensa que la primera? En nombre de la equidad se podía pedir por interés de los terceros que se les atribuyera el aumento de valor que resulte de los trabajos, puesto que los gastos se pagan del patrimonio que es su prenda; pero los acreedores personales no tienen derecho, mientras que el derecho está por parte de los acreedores hipotecarios. Todos los trabajos, cualesquiera que sean, constituyen una mejora y aprovechan, por consiguiente, á los acreedores á título de accesorio. La tradición está en este sentido; lo que quitaría muchas dudas si las hubiera. Loyseau llama á las construcciones nuevas grandes reposiciones; (2) en el lenguaje ordinario esto no es exacto, y aun en el lenguaje jurídico es

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 337, núm. 728, y Pont, t. I, p. 426, núm. 406 y las autoridades que cita.

2 Loyseau, Del abandono, tít. VI, cap. VIII, núms. 9 y 10.