

forzar el sentido de las palabras el llamar reposiciones á las obras nuevas que mejoran el fundo. Más vale atenerse al principio de la accesión. La jurisprudencia está en este sentido, (1) así como la doctrina. (2)

El principio de que la hipoteca se extiende á las mejoras supone que los trabajos fueron hechos por el deudor. Si han sido hechos por un tercero detentor éste tiene derecho á una indemnización contra los acreedores hipotecarios que lo persiguen (art. 103; Código Civil, art. 2175). Y aunque el deudor haya mejorado el fundo con sus trabajos si el constructor ó el obrero tienen por este punto un privilegio el acreedor privilegiado prevalece á los acreedores hipotecarios hasta concurrencia del aumento de valor que resulte de los trabajos. Transladamos á lo dicho acerca del privilegio del arquitecto.

207. El principio de la accesión no sería ya aplicable si el propietario del inmueble hipotecado le anexare terrenos contiguos que comprara para extender su posesión, aunque se tratara de un cercado y aunque el fundo hipotecado se encontrara mejorado con ello. Aquí es el caso de decir, con Treilhard, que el fundo nuevamente adquirido es distinto del que se dió en hipoteca; ya no se puede invocar la accesión, pues el fundo no es el accesorio del otro. El principio de la especificación de las hipotecas se opone igualmente á que un fundo no comprendido en la inscripción esté gravado por una hipoteca sin una inscripción y, por tanto, sin una convención nueva. No insistimos porque todos están acordes. (3)

1 Gante, 6 de Julio de 1841 [Pasicrisia, 1843, 2, 96] y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1350. Agréguese Grenoble, 28 de Junio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 191). Hay una sentencia contraria de la Corte de París pronunciada en el caso del privilegio del vendedor, lo que inclinó quizá á la Corte; es, en efecto, poco equitativo que el vendedor extienda su privilegio en los valores que no puso en el patrimonio del comprador; pero el derecho domina la equidad (París, 6 de Mayo de 1824, Dalloz, núm. 472, 1.º).

2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 429, núms. 409 y 410.

3 Durantón, t. XIX, p. 382, núm. 259, y todos los autores.

208. Hay un último caso de accesión que es difícil considerar como una mejora. Una hipoteca está constituida en la nuda propiedad; el usufructo llega á extinguirse por consolidación; es decir, por la reunión en el mismo propietario de la calidad de tal y de usufructuario: ¿versará en este caso la hipoteca en toda la propiedad? Se admite la afirmativa porque se considera el usufructo como accesorio de la propiedad. Esto es de tradición; sin embargo, hay duda, en nuestro concepto. El usufructo no es un accesorio de la nuda propiedad, ambos derechos son perfectamente distintos: uno y otro pueden ser hipotecados; el que hipoteca la nuda propiedad hipoteca una propiedad desmembrada, no hipoteca el usufructo que no tiene derecho de hipotecar, ¿Con qué derecho vendría el acreedor hipotecario á quitar á los acreedores quirografarios el valor del goce que no le fué dado en hipoteca? El derecho de accesión está fuera de causa; el goce de un atributo de la toda propiedad no es un atributo ni un accesorio de la nuda propiedad. Siguese de esto que el acreedor hipotecario no podrá ejercer su derecho de preferencia más que en la parte del precio que representa el valor de la nuda propiedad. (1)

Cuando es el usufructo el que ha sido hipotecado y que la nuda propiedad se adquiere por el usufructuario todos están acordes en decir que la hipoteca no recaerá en toda la propiedad, porque la nuda propiedad no podría ser considerada como el accesorio del goce. Otra dificultad se presenta en este caso: ¿No se extingue la hipoteca del usufructo cuando éste se extingue por la consolidación? Vamos á examinar la cuestión al tratar de la hipoteca concedida en derechos reales inmobiliarios.

1 En sentido contrario, Durantón, t. XIX, p. 386, núm. 265 y todos los autores.

ARTICULO 2.—*Derechos reales inmobiliarios.*

209. El art. 45 distingue dos categorías de bienes sólo susceptibles de hipotecas: "1.º Los bienes inmobiliarios que están en el comercio; 2.º los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie establecidos en los mismos bienes durante el cargo de estos derechos." El número 1 comprende los bienes inmuebles por su naturaleza é implícitamente los accesorios inmobiliarios; el núm. 2 se refiere á los inmuebles por el objeto á que se aplican según la terminología del Código Civil. El art. 526 no los menciona á todos; como lo vamos á decir sólo hay ciertos derechos inmobiliarios que pueden ser hipotecados.

Tal es desde luego el usufructo de las cosas inmobiliarias. El usufructo puede ser vendido, según el art. 595, ó cedido á título gratuito; siendo enajenable es por esto mismo susceptible de ser hipotecado. La ley dice que el *derecho de usufructo* puede ser hipotecado porque el usufructo de un inmueble está considerado como un inmueble. El usufructuario no puede hipotecar el inmueble gravado con usufructo, el inmueble pertenece al propietario y sólo éste tiene el derecho de hipotecarlo. La constitución del usufructo tiene por efecto desmembrar el inmueble; el goce y la nuda propiedad forman dos propiedades distintas, cada una inmobiliar, y, por consiguiente, susceptibles de ser hipotecadas. Estas dos hipótesis difieren. La de la nuda propiedad es perpetua como la propiedad, mientras que la hipoteca es temporal como el uso de usufructo (t. IV, núms. 474 y 475; t. VII, núm. 36).

209 bis. El usufructo se puede establecer por convención, por testamento ó por ley. No se presenta ninguna dificultad en el usufructo convencional ó testamentario: es el usufructo propiamente dicho. Hay un usufructo legal, el que los padres tienen en los bienes de sus hijos menores (artícu-

los 579 y 384) ¿Se puede enajenar ó hipotecar? Se admite generalmente la negativa. Sin embargo, hay duda si se atiene uno al texto. La ley califica de usufructo el goce legal de los padres y dice en términos generales que el usufructuario puede enajenar ó ceder su derecho. Esto nos parece decisivo. ¿Se permite distinguir donde la ley no distingue? Se contesta que la distinción resulta de la naturaleza del usufructo que la ley da al padre y á la madre; este goce se liga estrechamente á la administración de los bienes que la ley confía al padre como un atributo; digamos mejor, como una obligación inherente á la potestad paternal; y es evidente que el padre no puede descargarse de un deber; si, pues, se le permitiera enajenar su usufructo ó hipotecarlo siempre estaría obligado á administrar los bienes cuyo goce hubiera vendido ó hipotecado; y ¿cómo conciliar esta obligación con el derecho que tiene el cesionario de gozar por sí? Además, el goce legal del padre está sometido á ciertos cargos: entre otros, el de manutención y educación de los hijos según su fortuna. ¿Pasaría este cargo al cesionario? Esto se comprende difícilmente, puesto que se trata de un atributo y de un deber de la potestad paternal. El padre no puede ceder una obligación que le pertenece por su calidad. ¿Cómo llenaría el cargo de educar á sus hijos conforme á su fortuna si enajenaba sus haberes? Hay una última consideración que explica el sistema de la ley tal como generalmente se interpreta. El hijo está muy interesado en que el padre conserve el goce no sólo como medio para llenar el cargo de la educación sino también como garantía de un buen goce; un cesionario gozaría en su interés personal muy amenudo en oposición con el interés del hijo, mientras que el padre tendrá presente el interés del hijo más que el suyo. (1)

210. Estos motivos son de gran influencia. Pero se debe

1 Compárese Martou, t. II, p. 341, núm. 736; Pont, t. I, p. 404, núm. 379.

confesar que se dirigen al legislador más bien que al intérprete. Hay un vacío en el Código, la doctrina lo ha llenado teniendo en cuenta el espíritu de la ley: estableció una excepción que no le tocaba crear. Pasa lo mismo con el usufructo que corresponde al marido en los bienes de la mujer bajo el régimen de la comunidad y bajo el dotal. Hemos dicho que este goce tiene los caracteres del usufructo; es un usufructo convencional más bien que legal, puesto que resulta de las convenciones matrimoniales expresas ó tácitas de los esposos. En la opinión general el marido no puede enajenar ni hipotecar su goce. Se dan motivos análogos á los que acabamos de exponer (núm. 209 bis). El usufructo de los bienes de la mujer es un dote que ésta aporta al marido para ayudarlo á soportar los cargos del matrimonio (art. 1540). Es, pues, un cargo al mismo tiempo que un derecho; y ¿cómo llenaría sus cargos el marido si enajena los frutos y entradas que le dan para llenarlos? No se puede dividir un goce que en realidad es un cargo tanto como un derecho. Bajo el régimen de la comunidad esto es verdad porque el usufructo pertenece no al marido sino á la comunidad. No sucede lo mismo con los regímenes bajo los que los intereses de los esposos están separados; las economías que hace el marido en el aporte de la mujer llegan á ser de su propiedad. Pero siempre es verdad decir que en el espíritu de la ley el dote debe emplearse en los cargos del matrimonio y que entonces no se concibe la enajenación de un goce que es esencialmente de su cargo. (1) Sin embargo, debió decidirlo el legislador.

211. ¿Puede el propietario hipotecar el usufructo de los bienes de los que tiene plena propiedad? Generalmente se admite que lo puede. Hay, sin embargo, una duda. La ley define el usufructo como el derecho de gozar de las cosas *cuya propiedad pertenece á otro*. No se puede, pues, decir

1 Dórantón, t. IV, p. 431, núm. 486. Pont, t. I, p. 406, núm. 380.

que el propietario es usufructuario, el usufructo de su propia casa no se concibe: *res sua nemini servit*. Esto es verdad en la sutileza del derecho. Pero no se puede decir que el propietario es libre de desprender de su derecho de disposición uno ú otro atributo y que este derecho de disposición es absoluto (art. 544). Si puede desprender al usufruto enajenándolo, ¿por qué no podrá hipotecándolo? Del propietario no se puede decir que no tiene este derecho porque la ley no se lo da; al contrario se debe decir que tiene el derecho de hacer todo lo que la ley no le prohíbe. (1) Se diría que el propietario no puede hacer lo imposible y que es imposible tener una servidumbre en su propia cosa. Contestaremos que el propietario tiene el derecho de gozar del modo más absoluto, que este derecho le puede ceder; si puede enajenarlo todo ¿por qué no podría cederlo parcialmente ó hipotecándolo por la duración de su vida?

212. El usufructo es un derecho temporal; la hipoteca que lo grava se extingue cuando acaba el usufructo. Esto es lo que dice el art. 45; el usufructo no puede ser hipotecado más que durante el tiempo de su duración. La aplicación del principio sufre una dificultad en el caso en que el usufructo se extinga por voluntad del usufructuario, su renuncia, por ejemplo, ó por venta que hiciera del usufructo al nudo propietario. Generalmente se enseña que la hipoteca subsiste porque no puede depender del deudor nulificar el derecho que ha concedido al acreedor. El argumento no es decisivo; en efecto, la ley prevee el caso en que el inmueble hipotecado perece por el hecho del deudor; decide que en este caso el acreedor tiene el derecho de reclamar el reembolso de su crédito (art. 79; Código Civil, artículo 2131). Después de todo cuando la cosa hipotecada no existe la hipoteca no puede subsistir. Aquí está el ver-

1 Pont, t. I, p. 406, núm. 381. En sentido contrario, Martou, t. t. II, p. 341 núm. 735.

dadero centro de la dificultad: ¿existe el usufructo cuando el usufructuario renuncia su derecho de enajenar? El texto de la ley responde á la cuestión. El art. 617 dispone que el usufructo está extinguido, luego la cosa hipotecada no existe. Se objeta que en nuestra opinión, y es la general, el propietario puede conceder una hipoteca en su goce; no se puede decir que este goce no existe ya cuando el usufructo se reúne á la nuda propiedad. Nos parece que esto es razonar mal. Sin duda el propietario puede hipotecar su goce, pero no lo ha hecho; es un usufructuario que ha hipotecado su usufructo. No se puede oponer al propietario una concesión que le es ajena; no se puede decir que el usufructuario tiene el derecho de gravar con una hipoteca el goce del propietario. (1)

213 Los derechos de usar y de habitar tienen gran analogía con el usufructo. Sin embargo, no se pueden hipotecar. Hay un argumento decisivo en el silencio de la ley: el art. 45 dice que los *únicos* susceptibles de hipotecar son los bienes que él enumera, y no habla del uso ni de la habitación; estos derechos no pueden, pues, ser hipotecados. La razón es muy sencilla: en los términos de los arts. 631 y 634 los derechos de uso y habitación no se pueden ceder; siendo inalienables son por esto mismo no susceptibles de hipotecar.

Sucede lo mismo con las servidumbres; no están comprendidas en el art. 45; por consiguiente, no pueden ser hipotecadas. En derecho esto se explica: las servidumbres en tanto que constituyen un derecho son una calidad de herencia en favor del que están establecidos, y no se puede separar de un fundo una calidad que le es inherente. ¿De qué serviría la hipoteca de un derecho que no puede ser útil más que al propietario del fundo dominante? Es verdad que hay

1 Compárese Martou, t. II, p. 340, núm. 734. En sentido contrario, Duranton, t. XIX, p. 384, núm. 262 y todos los autores.

servidumbres rurales que podrán ser útiles á los vecinos del propietario que los ejerce, pero esto no basta, en nuestro derecho, para que puedan ser el objeto de una expropiación. La venta forzada se hace en remate; y ¿cómo rematar un derecho que no pueden comprar los postores? (1)

214. Los derechos de enfiteusis y de superficie pueden ser hipotecados en el curso de su duración (art. 45). Hay igual razón para decidir que el usufructo y la hipoteca tienen el mismo objeto. Insistimos en este último punto aunque es muy elemental. El usufructuario hipoteca no el inmueble cuyo goce tiene sino el derecho que tiene para gozar (núm. 209). De igual modo el que posee la enfiteusis no hipoteca el fundo que tiene en arrendamiento sino el derecho de enfiteusis (t. VIII, núms. 374 y 392). Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en sentido contrario. (2) El error es seguro porque el que tiene la enfiteusis no puede hipotecar más que lo que le pertenece; el dador es el propietario y el único que tiene el derecho de hipotecar (t. VIII, núm. 374). Esto también es verdad para el superficiario; aunque haya construido á sus expensas y que tenga el cuasidominio no puede hipotecar porque no es propietario del terreno, y no se concibe la hipoteca de una construcción sin la hipoteca del terreno en que se levanta (t. VIII, números 420 y 427). El que tiene la enfiteusis y el superficiario pueden hipotecar sus derechos porque son inmobiliarios.

215. Recordamos estos principios elementales porque vienen en ayuda para decidir una cuestión muy controvertida: la de saber si el locatario puede hipotecar. Un primer punto es cierto: que el arrendatario no puede hipotecar su derecho de arrendamiento porque es mobiliario un crédito contra el dador. Nos trasladamos acerca de este punto á lo dicho en el título *Del Arrendamiento*. Distinta es la cuestión de saber

1 Valette, p. 190, núm. 128, 2.º Martou, t. II, p. 343, núm. 740.

2 Bruselas, 14 de Mayo de 1824 (Pasierisia, 1824, p. 122).

si el localario puede hipotecar las construcciones que ha hecho durante el arrendamiento. La negativa no es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca de la naturaleza del derecho que pertenece al localario en las construcciones que ha hecho. Para que haya dificultad se necesita suponer que el arrendamiento da al arrendatario el derecho de construir y le atribuye la propiedad de las construcciones durante el curso del contrato. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos enseñado que es un derecho mobiliario, lo cual decide la cuestión (t. V, núm. 415). Pero nuestra opinión casi está aislada. Debemos, pues, detenernos en la consecuencia que resulta en lo que se refiere á la hipoteca. El localario no puede hipotecar más que las construcciones que le pertenezcan; no puede hipotecar el terreno del que no es propietario. La dificultad se reduce, pues á esto: ¿puede hipotecar la superficie sin el suelo? Lo que acabamos de decir del superficiario contesta á la pregunta: hay un derecho real en la cosa, se le reconoce un cuasidominio y, sin embargo, no puede hipotecar las construcciones que ha hecho. La razón es que estas construcciones no son inmuebles; si la superficie está considerada como inmueble por naturaleza es porque se incorpora al suelo, con el que se confunde. Esto supone que el suelo pertenece al que ha hecho la construcción; en este caso la incorporación y la inmovilización se comprenden, mientras que no se conciben cuando el suelo no pertenece al superficiario. La hipoteca concedida por el localario que no puede lesionar más que la superficie sería la hipoteca de una cosa mobiliario, pues la superficie separada del suelo es mueble y en la hipoteca que el localario estableciera en la superficie ésta se consideraría necesariamente como independiente del suelo, puesto que éste no le pertenece. (1)

1 En sentido contrario, Pont, t. I, ps. 378 y siguientes, núm. 359 y las autoridades que cita.

216. La jurisprudencia es contraria, así como la doctrina. Hemos ya discutido la cuestión de principio, nos queda por comprobar la jurisprudencia más reciente; siempre está en el mismo sentido. La Corte de Casación invoca el art. 518, según el cual las construcciones son, como los fundos de tierra, inmuebles por su naturaleza, y ninguna disposición de ley les hace perder este carácter y no les atribuye la calidad de muebles cuando han sido construidos por otro que no fuera el propietario del suelo. (1) Hé aquí lo que se puede llamar una interpretación mecánica que sólo toma en cuenta la letra de la ley. Profesamos nosotros un gran respeto al texto de la ley y lo predicamos siempre á los que están llamados á interpretar las leyes; pero también nos separamos de la letra del espíritu y buscamos siempre la razón de las cosas. Y apesar del texto del art. 518 todos reconocían que las construcciones no son inmuebles por su naturaleza, que lo son por el efecto de la incorporación; desde luego no se consideran como del cuerpo del fundo dejando de ser inmuebles para volver á su naturaleza mobiliario de los materiales de que se compone la construcción. ¿Qué dice la ley? ¿qué la venta de una casa por estar demolida es una venta mobiliario? Nó; lo que no impide que todos lo admitan. Se debe, pues, dejar el texto y consultar los principios. Y éstos dicen todo lo contrario de lo que la Corte de Casación hace decir al texto. Importa mucho saber quién edificó las casas. Si lo son por un superficiario no se puede tratar de una incorporación en el suelo, jurídicamente hablando. Sin duda hay incorporación material; el albañil dirá que hay un inmueble; el jurisconsulto, al contrario, dirá que donde una superficie pertenece á un localario la hipoteca consentida por el localario no podrá comprender

1 Lyon, 18 de Marzo 1871, y Denegada, 13 de Febrero de 1872 (Dallez, 1871, 2, 191, y 1872, 1, 256). En sentido contrario, Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (Pasicrisia, 1831, p. 297).