

más que la superficie separada del suelo, que el locatario no tiene el derecho de hipotecar; luego si el albañil dice que la hipoteca recae en un inmueble porque toda la casa es un inmueble el jurisconsulto dirá que la hipoteca constituida en una superficie sin estarlo en el suelo está establecida en una cosa mobiliar. Es decir, que la superficie no puede ser hipotecada separadamente del suelo.

La Corte de París se pronunció en el mismo sentido: toda construcción, dice, es necesariamente un inmueble; se trataba solamente de saber quién puede hipotecar, el propietario ó el locatario. Los términos del arrendamiento deciden la cuestión; y en la especie el contrato decía que las construcciones hechas por el inquilino quedaban de su propiedad. (1) Lo que parece determinar á la Corte y, en general, á los jueces del hecho es la importancia de las construcciones que los inquilinos hacen en un arrendamiento industrial; ¿esos valores que crea no le deben dar un crédito inmobiliario? Sin duda, lo exigiría así la equidad si no se tuviera en cuenta el interés de los acreedores hipotecarios; pero la masa quirografaria tiene igualmente sus intereses y ¿no son estos últimos los que deben prevalecer cuando se trata de las relaciones de un locatario con los terceros? Después de todo la cuestión debe decidirse no conforme á los intereses que están comprometidos en este debate sino conforme á los principios de derecho.

Hay una hipótesis en la que la jurisprudencia está conforme con nuestra opinión. El arrendamiento dice que el arrendatario está obligado á levantar en el plazo de un año las construcciones determinadas por el acta y que al acabar

1 París, 23 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Compárese París, 30 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La cuestión se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica, que se limitó á decidir que admitiendo que el inquilino tenga un derecho inmobiliario en las construcciones que haga este derecho es resoluble y no da al acreedor hipotecario más que un derecho resoluble (Denegada, 5 de Noviembre de 1852 (Pasirisia, 1853, 1, 67).

el arrendamiento pertenecerán al dador sin indemnización. En este caso el arrendatario no tiene más que un simple derecho de goce en las construcciones, como sobre el suelo, siguiéndose que no puede hipotecar los bienes que no le pertenecen. (1)

En el silencio del arrendamiento surgen otras dificultades en las construcciones que hace el arrendatario: ¿cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes contratantes en razón de estas construcciones? Nos trasladamos á lo dicho en el título *Del Arrendamiento* (t. XXV, números 175-185).

217. Se presenta una cuestión análoga para las construcciones levantadas en un terreno que depende del dominio público con la autorización expresa ó tácita del Gobierno. En nuestra opinión estas construcciones son mobiliarias y, por consiguiente, pueden ser hipotecadas (t. V, número 418). (2) Aquí la incorporación es legalmente imposible, pues si se hiciera, la construcción haría parte del dominio público como el suelo, y desde luego no podría tratarse de hipotecarlo; pero la incorporación no puede hacerse, pues no pertenece á particulares crear un dominio público; esto es contradictorio en sus términos. A decir verdad no puede tratarse de derecho de propiedad en el caso, puesto que la construcción es de pura tolerancia y esto no da ningún derecho.

Sin embargo, ha sido sentenciado que el arrendatario de un terreno que hace parte del dominio comunal y colocado fuera del comercio por su destino público podía hipotecar la construcción que en él había levantado con autorización del municipio. La sentencia de la Corte de Orleans que adopta los motivos de los primeros jueces está débilmente motivada. No es dar un motivo el citar artículos del Cód.

1 Denegada, 9 de Junio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).
2 En sentido contrario, Pont, t. I, p. 371, núm. 350.

go Napoleón sin decir una palabra de las dificultades de que el tribunal no parece tener ni sospechas. (1) Semejantes decisiones no son para dar crédito á la jurisprudencia; no ministran seguramente ningún apoyo á la opinión que combatimos.

218. La hipoteca es también un derecho inmobiliario en la opinión que hemos enseñado; mejor dicho, según el texto de nuestra Ley Hipotecaria (núm. 174). En el derecho antiguo se admitía, conforme al derecho romano, que la hipoteca podía ser hipotecada. He aquí en qué sentido. El que había estipulado una hipoteca semejante ejercía en suborden los derechos atribuidos al acreedor hipotecario que había constituido hipoteca. Esta colocación en suborden no está admitida por nuestras leyes de procedimientos. Desde luego la hipoteca de la hipoteca no tiene razón de ser. Además el silencio del art. 45 basta para desecharla. (2)

Otra es la cuestión de saber si el acreedor hipotecario puede ceder su derecho de preferencia sin el crédito en el que está ligado. La dificultad se presenta sobre todo por la hipoteca legal de la mujer. La examinaremos más adelante.

219. El art. 256 coloca también entre los inmuebles las acciones inmobiliarias por el objeto á que se aplican. No quedan comprendidas en la enumeración del art. 45 (Código Civil, núm. 2118), lo que basta para decidir la cuestión de saber si se puede hipotecar una acción tendiendo á poner un inmueble en el patrimonio de aquel á quien pertenece. La hipoteca de una acción no hubiera ofrecido ninguna utilidad, pues hubiera versado en un derecho que el acreedor no podría ejercer sino después de haberlo perseguido en justicia; es decir, en un derecho litigioso, y la hipoteca tiene por objeto dar al acreedor una garantía segura versando en un objeto cuyo deudor es propietario. Era

1 Orléans, 19 de Abril de 1866 (Daloz, 1866, 2, 94).

2 Pont, t. 1, p. 415, núm. 394. Valette, p. 206, 3.ª cuestión.

además inútil permitir la hipoteca de una acción, puesto que el que tiene una acción de nulidad, de rescisión ó de resolución relativa á un inmueble puede hipotecar el inmueble directamente: la validez de la hipoteca dependería del resultado de la acción. (1) Volveremos á este punto en el capítulo *De las Hipotecas Convencionales*.

220. Las concesiones que el Gobierno hace para un ferrocarril, un canal, un puente, ¿dan al concesionario el derecho de hipotecar, ya sea el camino férreo, el canal ó el puente, ya sean los peajes por percibir, ya el derecho en virtud del que se perciben éstos? La negativa es segura en todos conceptos; basta que las concesiones no estén comprendidas en el texto del art. 45 para que no sean susceptibles de hipoteca. (2) En teoría la cuestión de saber cuál es el valor de estas cosas es muy dudoso. Esto es un derecho de particular carácter que es imposible clasificar entre los derechos de que habla el Código Civil, pues cuando la aplicación del Código Civil no se conocían las concesiones; los grandes trabajos ejecutados por concesionarios les eran ordinariamente atribuidos á título de propiedad. Lo que prueba que los derechos de los concesionarios no son derechos mobiliarios en el sentido tradicional de la palabra es que hay leyes que autorizan la hipoteca de los productos de los ferrocarriles concedidos. La Corte de Nimes dice que esto es una excepción en una materia en que no se sabe cuál es la ley belga. Esto es un vacío que sólo el legislador puede llenar. Traducimos á lo dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 29-35).

1 Valette, p. 204, 2.ª, y todos los autores. Denegada, 14 de Abril 1847 [Daloz, 1847, 1, 217].

2 Nimes, 2 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 41). Denegada, Sala Civil, 20 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 308).

§ IV.—EFECTOS DE LA HIPOTECA EN LOS DERECHOS
DEL PROPIETARIO.

Número 1. Principio.

221. Ya hemos dicho que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad (núm. 174). Lo que caracteriza el derecho de propiedad es que es absoluto: el propietario tiene el derecho de disponer y gozar de su cosa del modo más ilimitado, siempre que no haga de él un uso prohibido por la ley (art. 544). Debe agregarse: siempre que no perjudique los derechos de terceros. Este derecho absoluto está restringido por la concesión de hipoteca; el propietario afecta el inmueble al pago de una obligación; no puede, pues, hacer nada que disminuya esta garantía: entre el deudor y el acreedor esto es evidente, pues es el derecho común (artículo 79; Código Civil, art. 2131). Pero la garantía hipotecaria es, de su esencia, una garantía real; se haría ilusoria si el acreedor no tuviera el derecho de prosecución; lo sería también si la propiedad estuviera sólo limitada para con el deudor; por lo mismo que la hipoteca da el derecho de prosecución el acreedor debe tener contra el tercero detentor el derecho que tiene contra el deudor; el tercero detentor sólo tiene una propiedad desmembrada, su derecho está limitado por el acreedor hipotecario; no puede, pues, hacer nada que altere este derecho. Esto es lo que dice el Código en el capítulo que trata del derecho de prosecución (art. 2175; Ley Hipotecaria, art. 103). Así el desmembramiento de la propiedad que resulta de la hipoteca tiene un carácter absoluto, existe para con todos; es decir, que constituye un derecho real inmobiliario en favor del acreedor hipotecario.

222. Hay, pues, actas de disposición, de goce y de administración que un propietario puede hacer y que el pro-

pietario de un inmueble hipotecado no puede hacer por sólo que perjudicaría al acreedor hipotecario. Esta limitación del derecho de propiedad tiene un lazo estrecho con otra cuestión: la de saber lo que sucede con la hipoteca recayendo en objetos muebles convertidos en inmuebles cuando el deudor los moviliza por su hecho. ¿El acreedor hipotecario conserva su derecho en los objetos que dejan de ser inmuebles? ¿Tiene por este punto un derecho contra el deudor? ¿Puede promover contra el tercer adquirente? Estas cuestiones no dejan de tener sus dificultades; vamos á examinarlas al tratar de las restricciones del derecho de propiedad que resultan de la hipoteca en favor de los acreedores hipotecarios.

Núm. 2. De las actas de disposición.

223. El derecho de disponer es el atributo esencial de la propiedad. Se entiende por esto el derecho de enajenar. ¿El propietario del inmueble hipotecado conserva el poder de vender? En principio sí, puesto que la enajenación no causa ningún perjuicio al acreedor hipotecario; queda arruinado con su derecho de prosecución, que le da contra los terceros el mismo derecho que tiene contra el deudor. Sin embargo, puede suceder que el derecho del acreedor esté perjudicado por efecto de la enajenación; ya hemos examinado las dificultades que presenta la cuestión al tratar del decaimiento del plazo (t. XVII, núms. 206-208).

224. La facultad de disponer del modo más absoluto que la ley reconoce al propietario implica también otro derecho: el de modificar la cosa, destruirla si se quiere; esto es lo que se llama el derecho de abusar que no tiene el usufructuario por oposición al propietario (art. 578). Todo hecho de abuso nulifica ó disminuye la garantía que la hipoteca está destinada á dar al acreedor, puesto que el valor de

la cosa será tanto menor, y es este valor el que constituye la seguridad que el acreedor hipotecario encuentra en la hipoteca (Ley Hipotecaria, art. 79; Código Civil, art. 2131).

Abusando el deudor hace lo que no tiene el derecho de hacer; por esto mismo el acreedor hipotecario debe tener el derecho de oponerse á ello ocurriendo á la justicia, pues ésta tiene por misión auxiliar á aquellos cuyos derechos se violan, manteniendo estos derechos contra los ataques que se les hacen. La ley da al acreedor el derecho de reclamar el reembolso de su crédito si los inmuebles hipotecados han perecido ó han sufrido degradaciones por el hecho del deudor; volveremos á este punto al explicar el art. 79 (Código Civil, art. 2131). Pero el acreedor no está obligado á pedir la resolución del contrato; puede también exigir su ejecución y, por consiguiente, oponerse á que el deudor deteriore los bienes hipotecados. Este derecho no podría contestarse. (1) ¿Hasta dónde llega el ejercicio de este derecho?

225. Si el propietario demole él mismo la casa hipotecada el acreedor hipotecario tiene una acción contra él para que se le prohíba continuar la demolición y para que restaure el edificio deteriorado. Mientras que el debate está concentrado entre el deudor y el acreedor no hay ninguna dificultad, puesto que se trata de la ejecución de un contrato. (2) Aunque el inmueble hipotecado lo poseyera un tercer detentor el acreedor tendría también acción contra él, puesto que el derecho del tercero detentor está limitado, como lo está el del deudor (art. 103; Código Civil, art. 2175). La cuestión no se hace dudosa sino cuando el deudor ha enajenado los materiales procedentes de la demolición ó cuando vendió la casa para ser demolida. En la primera hipótesis se aplica el derecho común. El tercer poseedor de

1 Valette, ps. 223 y siguientes, Aubry y Rau, t. III, ps. 427 y siguientes, párrafo 286.

2 Compárese Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).

buena fe está al abrigo de toda acción de reivindicación y de toda acción real; puede rechazar al acreedor por la excepción del art. 46 (Código Civil, art. 2119); á saber, que los muebles no tienen prosecución por hipoteca; no puede tratarse de una reivindicación, puesto que el acreedor hipotecario no es propietario. (1) Pero si el tercer poseedor fuera de mala fe, es decir, si hubiera comprado con conocimiento de que los objetos procedían de una casa hipotecada, ¿tendrá el acreedor acción contra él? Acción hipotecaria no la tiene, puesto que los objetos separados del fundo dejan de ser inmuebles; no puede haber acción hipotecaria para objetos muebles. Acción personal naciendo del contrato tampoco tiene el acreedor, puesto que no hay ninguna liga de obligación entre él y el tercero adquirente. Sólo le queda la acción que nace del delito; suponiendo que el hecho perjudicial presente el carácter de un delito civil.

226. Si el acreedor vendió la casa para ser demolida la dificultad se complica. Un primer punto nos parece seguro: es que el acreedor hipotecario puede oponerse á la demolición sin que el tercero comprador pueda prevalecerse de su contrato. Es verdad que la venta de una casa para ser demolida es una venta mueble, pero esto no es verdad más que entre las partes contratantes, pues la movilización resulta de un contrato y las convenciones no pueden ser opuestas á los terceros; luego mientras que la casa subsiste queda gravada de hipoteca y, por consiguiente, el acreedor puede promover en virtud de su derecho hipotecario; la demolición ataca su derecho, luego puede ejercer todos los actos conservatorios (t. V, núm. 432).

Si se hace la demolición sin que el acreedor se oponga á ella ¿cuál será su derecho? Ya no puede ejercer su derecho

1 Valette, p. 225, 5.º Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).