

## TÍTULO XXI

## DE LAS HIPOTECAS

## CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS HIPOTECAS EN GENERAL<sup>(1)</sup>

Artículo 1815.—Las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obliga-

(1) Es tan necesario el conocimiento de la *Exposición de motivos* que precede á la ley Hipotecaria para la recta aplicación y comprensión clara de ésta, que no hemos creído pudiera prescindirse de ella en una obra de la índole de la presente. Por otra parte, y dejando á un lado el mérito que se reconoce á dicha *Exposición*, ninguna doctrina ha de tener la autoridad que la desvuelta por el mismo legislador á la cabeza de este cuerpo de derecho interesantísimo. Movidos por estas razones, incluiremos por nota en cada capítulo la parte correspondiente de la *Exposición de motivos*. La que se refiere al presente dice así:

DE LAS HIPOTECAS.—Al tratar especialmente de las hipotecas, ha creído la Comisión que debía, ante todo, escribir una vez más en las leyes, que la hipoteca es un verdadero derecho real, adherido al cumplimiento de las obligaciones á que sirve de garantía, y que sigue siempre á la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las manos á que pase, y á pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave. Con la consignación de este principio, implícitamente se aprueba la opinión de los que sostienen que, en el caso de que la cosa hipotecada haya pasado á un tercer poseedor, puede éste, cuando sea demandado, exigir y obtener que el demandante persiga por acción personal al que con él se obligó, y que sólo cuando, hecha excusión de sus bienes, resulte insolvencia, tenga derecho á reclamar por la acción real hipotecaria contra el poseedor de la cosa hipotecada. Así se ha dado nueva sanción al derecho antiguo, que siempre ha procla-

ciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor.

mado estos principios, si bien no siempre han sido llevados á sus indeclinables consecuencias. Después de estos principios, que son la base cardinal de las disposiciones que á la hipoteca se refieren, la Comisión, para quitar algunas dudas y para fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre la prenda y la hipoteca, establece que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, quitando así la anfibología que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras. En ello no ha hecho más que fijar la tecnología legal. Pero no siempre la constitución de hipotecas se presenta de fácil apreciación: puede dudarse hasta qué punto sean ó no hipotecables ciertos derechos, y hasta dónde son extensivos los efectos de la hipoteca. Esto da lugar á que la Comisión haya introducido en unos casos restricciones á la extensión de las hipotecas, y declarado que otros derechos no pueden ser hipotecados.

HIPOTECAS CUYOS EFECTOS ESTÁN RESTRINGIDOS EN EL PROYECTO.—La primera restricción que el Proyecto establece se refiere al que hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena ó mala fe del edificante, ó los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado. Sin resolver cuestiones ajenas á una ley especial de hipotecas, no podría la Comisión entrar en tales apreciaciones; pero no debía dejar de consignar el principio de que

## ORÍGENES

## Art. 105, ley Hipotecaria.

la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada el derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario al derecho que aquél tiene, como lo exigen la moral, la buena fe y el respeto que debe tenerse en todos los contratos á los derechos que existen al celebrarlos. Pasar de aquí sería autorizar al edificante á que con un hecho suyo pudiera perjudicar gravemente al dueño del terreno, que es el que tiene la presunción de serlo también del edificio.

En los mismos principios del derecho común se funda lo que propone la Comisión respecto á la extensión de la hipoteca constituida por el usufructuario. Regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que, como personalísimo, no es comunicable ni transmisible, dependiendo, por lo tanto, la duración de la servidumbre de la vida del usufructuario ó de otra limitación que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la servidumbre. Consecuencia de esto es que la hipoteca quede extinguida, concluido el usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusión de la hipoteca por actos que, ó no se desprendan de la naturaleza misma de esta servidumbre personal, ó de un pacto ajeno á su constitución, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor.

No se deriva tan inmediatamente del derecho escrito la extensión que la Comisión propone de la hipoteca constituida sobre la mera propiedad al usufructo, si éste se consolida con ella en la persona del propietario, á no haberse pactado otra cosa. Fúndase lo que aquí se propone en la presunción de la voluntad de los otorgantes, que, á estar animados de otras intenciones, tendrán cuidado de expresar en la constitución de la hipoteca que siempre ha de entenderse limitada á la mera propiedad. Y esto, lejos de ser perjudicial, puede traer también ventajas al deudor, que tal vez conseguirá así que contento el acreedor con dirigir su acción contra los frutos, no pida ejecutivamente la venta de la finca.

No es ménos importante que esta declaración la que hace el Proyecto respecto á las nuevas hipotecas sobre los bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos á hipotecar, ó lo que es lo mismo, en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convención es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza á la seguridad de lo que se estipula, en nada perjudica al crédito que ha inscrito, pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse á él para la realización de lo que se le debe. Sólo es una condición onerosa, que no debe tener fuerza civil obligatoria, por carecer de objeto, por disminuir innecesariamente, sin justicia y sin explicación posible, el crédito territorial, y por parecer, más que como garantía, una exigencia exorbitante, arrancada á la situación angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario. El no haberse prescrito en las leyes actuales la ineficacia de este pacto podrá

## JURISPRUDENCIA

## Por la venta no se transmiten al comprador

serefecto, ya de que no prestó el legislador á la importante materia de las hipotecas tanta atención como exigen hoy las necesidades de la época, ya porque limitándose á considerarlo sólo respecto á la seguridad del acreedor, y aun esto de un modo imperfecto, se desentendió absolutamente de dar extensión al crédito territorial, que es una de las causas principales que hacen necesaria la reforma emprendida. Faltando, pues, toda justificación racional á la prohibición de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razón que dejan de ser obligatorios otros pactos, cuya injusticia aparece evidentemente, en sentir de los legisladores. Pero es necesario que la ineficacia de semejante pacto esté en la ley, porque la duda de que, considerándolo lícito, pudiera producir efecto, bastaría para retraer á algunos que, mirando la finca como suficiente á cubrir cargas é hipotecas sobre las antiguas á que está afecta, se hallaran dispuestos á hacer nuevos préstamos sobre ella.

El Proyecto contiene otras restricciones que no necesitan fundarse detenidamente para que aparezcan sus motivos. A esta clase corresponden: en la hipoteca de los derechos reales de superficie, pastos, leñas y otros semejantes, la de que siempre queden á salvo los derechos de los partícipes en la propiedad, doctrina conforme á los principios generales del derecho, y que, aun sin sanción expresa, sin duda prevalecería en la práctica: en la hipoteca de los ferro-carriles, canales, puentes y demas obras destinadas al servicio público, cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez ó más años, la restricción de que dependa la hipoteca de la resolución del derecho del concesionario, porque nadie puede traspasar á otro más derechos que los que él mismo tiene.

El derecho de hipoteca, como los demás derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado. Aunque sin una declaración expresa del Proyecto esto se sobreentendería, la Comisión ha creído que debía consignarlo para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario. La regla en que acaba de fundarse la Comisión, de que nadie pueda conceder á otro más derechos en la cosa que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada: así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera á hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directa é inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble. Por esto propone la Comisión que las subhipotecas pendan de la resolución de la hipoteca sobre que se hayan constituido. No sucede lo mismo si el que paga es el segundo deudor, ó lo que es igual, el subhipotecario, porque entonces, quedando extinguida la última hipoteca, subsiste la primera que tenía existencia por sí misma.

Mas la autorización para subhipotecar, que no presenta ningún inconveniente respecto á las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las lega-

más derechos que los que tiene el vendedor, transfiriendo al propio tiempo los gravámenes (Sent. 24 Febrero 1855).

les. En éstas se trata de la protección de personas jurídicas ó desvalidas, ó de intereses á que el derecho dispensa una protección más directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por regla general no tienen capacidad para contraer, pudieran subhipotecar, equivaldría á destruir la hipoteca legal á favor de ellos constituida. El legislador no podría hacer esto sin destruir su propia obra, sin ponerse en contradicción con los antiguos principios en el acto mismo de proclamarlos de nuevo.

Aunque no cabe, al parecer, duda de que la prohibición de hipotecar, impuesta á los que no tienen la libre disposición de sus bienes, está limitada á los casos en que no se observen las formalidades que la ley establece para que se verifique su enajenación, la Comisión ha creído que debía repetirlo, tanto para evitar que naciera la interpretación equivocada de que no debía en esta interpretación equipararse las reglas de la enajenación, como para no dar por su silencio lugar á que se suscitaran dudas peligrosas y funestamente perjudiciales á los que no tienen la libre disposición de sus bienes, acerca de si será lícito constituir hipotecas sobre las fincas que tal vez sin este recurso tendrían que ser necesariamente enajenadas.

**BIENES QUE NO PUEDEN HIPOTECARSE.**—Al exponer lo que se comprende por bienes inmuebles para los efectos del Proyecto, queda ya consignado que ni los oficios públicos ni los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ni las obligaciones y acciones de Bancos, empresas y compañías de cualquier clase, se consideran como bienes raíces, á lo que es consiguiente que tampoco puedan constituir una hipoteca. Pero hay algunos casos en que bienes que tienen el carácter de inmuebles no deben ser objeto de hipoteca por razones especiales de que no puede desentenderse la ley.

A esta clase pertenecen en primer lugar los frutos y rentas pendientes, que sólo pueden ser hipotecados en unión del predio que los produce. Los árboles en pie, los frutos mientras no están separados del suelo que los produce, son por su naturaleza bienes inmuebles, y siguen la condición de la tierra en que se hallan. Como adheridos á la finca y como parte de ella, pueden sin duda ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que arraigan, porque separados de él, son ya bienes muebles, y como tales, incapaces de hipoteca.

Lo mismo debe decirse de los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria. En tanto pueden ser hipotecados, en cuanto lo sean los edificios de que forman parte. A la razón de que, considerados aisladamente, no son bienes raíces, sino muebles, se agrega otra importantísima: la de que no son enajenables con arreglo á las leyes de Partida, que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios, é impedir actos que á veces más podrían considerarse como de un vandalismo grosero, que como verificados bajo la protección tutelar de las leyes. Ver, en efecto, que para pagar á un acreedor no se pone en venta la casa, sino que se empieza por quitar las tejas que la cubren ó las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales á la

No se constituye hipoteca, con arreglo á las leyes, por el mero hecho de consignar la canti-

venta, sería repugnante é indigno de un pueblo civilizado.

Razones de otra clase aconsejan que no pueda ser objeto de hipoteca el derecho real en cosas que aunque se deban poseer, no están aún inscritas á favor del que tenga derecho á poseerlas. El heredero por la muerte del testador entra á ocupar su lugar, es la continuación jurídica de su persona; pero aunque por una ficción de la ley se entienda traspasado á él el dominio de los bienes hereditarios, esta transmisión depende del hecho de la aceptación, de que las cosas no se hayan legado determinadamente á alguno, y de la inscripción según los principios del Proyecto, cuando se trata de perjuicios que puedan resultar á un tercero. La retroacción de la aceptación al tiempo en que se verificó la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, lo mismo que la consideración de que la hora en que el testador ordenó su última voluntad y la de la muerte son una misma, aunque ficciones legales que traen importantes y útiles consecuencias en el derecho, no pueden exagerarse llevándolas á diferente propósito que aquel para que han sido introducidas.

Hay más: necesario era que la ley de Hipotecas se pusiera en relación con la civil, que repugna especialmente, respecto á sucesiones, la enajenación de la esperanza de los que tienen la presunción de suceder á persona determinada; medida justa y profundamente moral, cuyo fundamento explica el legislador de las Partidas en estos términos: *porque los compradores de tal esperanza ó de tal derecho non hayan razon de se trabajar de muerte de aquellos cuyos son los bienes por cobdicia de los aver.* Lo que se dice de los derechos hereditarios es aplicable, aunque no con tanto motivo, á todos los demás títulos de adquirir los derechos reales.

Más perceptible es á primera vista la razón que la Comisión ha tenido para proponer que las servidumbres reales no puedan hipotecarse, á no ser juntamente con el predio dominante. Lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con estas servidumbres, tampoco puede ser objeto de hipoteca: una y otra prohibición se fundan en el principio de que en tanto hay servidumbre real, en cuanto hay predio en cuya utilidad esté constituida. El Derecho Romano así lo estableció expresamente respecto á las servidumbres de los predios urbanos; y aunque admitió la posibilidad de hipotecar las servidumbres de predios rústicos, dando fuerza al pacto en que se constituían en favor de un acreedor, mientras no fuese pagado, esta servidumbre sólo podía constituirse en favor del que tenía un predio inmediato, y si al cumplir el plazo el deudor no pagaba, la enajenación podía hacerse únicamente á favor de quien tuviera también un predio vecino. De aquí se infiere que aun dentro de este sistema, la servidumbre nunca podía hipotecarse aisladamente, porque tampoco aisladamente podía constituirse, sino con relación siempre á un predio dominante, viniendo á ser un derecho que duraba temporalmente y dependía de la condición resolutoria puesta á su concesión. No puede estar comprendida en esta regla general la servidumbre de aguas. En esto se ha limitado la Comisión á poner en armonía el Proyecto con las prescripciones de las Partidas, que después de establecer el principio de que la servidumbre real es inalienable sin el predio domi-

dad ofrecida sobre una finca rústica (Sent. 22 Setiembre 1856).

Quando se constituye hipoteca para seguri-

nante, desentendiéndose de la cuestión antigua entre los Sabinianos y Proculyanos, de la decisión dada por el emperador Justiniano, y de las dudas que podía ocasionar su inteligencia verdadera, establecieron de un modo terminante, como excepción, que la servidumbre de agua que naciese de una heredad y regase otra, pudiera, después de llegar al predio sirviente, cederse para regar campo ó viñas cercanas. Esto no es constituir una servidumbre sobre otra servidumbre, sino ceder el dueño del predio dominante una parte del agua que ya es suya desde el momento en que llegó á su destino.

**USUFRUCTO CONSTITUIDO POR LA LEY.**—Al referir las cosas que pueden hipotecarse, aunque con restricciones, se comprende el derecho de percibir los frutos en el usufructo. Esta regla, aunque tiene cierto carácter de general, no debe ser extensiva á los usufructos constituidos por el legislador. En este caso se halla el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto. No debe permitirse á los así favorecidos, que recibiendo anticipaciones sobre lo que se les da sólo en concepto de jefes de familia para la manutención de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligación, ni que consuma la viuda prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y á la buena memoria de la persona á que estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condición de éstos á la de los alimentistas que lo son por condiciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho, ni es enajenable, ni admite compensación, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse á embargo; prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intención del legislador al crear el derecho é imponer la obligación de dar alimentos. Es verdad que esto no se halla ordenado de un modo expreso por nuestras leyes actuales; pero lo está en su espíritu, interpretado fielmente por la práctica. En este espíritu de nuestro Derecho se funda la ley de Enjuiciamiento civil al ordenar que cuando haya que hacer ejecutivamente pago á acreedores, no se embarguen los sueldos ó pensiones sino en la parte que supone que no es absolutamente indispensable para cubrir los alimentos.

**USO Y HABITACION.**—No es aplicable al uso lo expuesto respecto al usufructo. Con sólo considerar que el derecho del usuario está tan limitado por las leyes de Partida, que no le es lícito arrendar, y lo que es más, ni conceder el uso gratuito de la cosa, y, por lo tanto, mucho menos enajenar el derecho que le corresponde, claro es que no puede tener la facultad de hipotecar ni la cosa ni su uso. Lo mismo debe decirse de la habitación, en que, si bien está autorizado el que la tiene constituida á su favor para arrendar la morada en que consiste, nunca puede enajenar su derecho, y, por lo tanto, tampoco hipotecarlo.

**OTRAS PROHIBICIONES.**—Otras clases de prohibiciones hay en el Proyecto, que fácilmente se comprenden: la de los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, porque hasta entonces, aunque el comprador tiene el dominio de lo vendido, este dominio es revocable: la de las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva, porque hasta entonces no hay dominio; y esto,

dad de un préstamo, la enajenación no es absoluta ni perpetua, sino temporal, dependiente del

aun en el caso de que estén situadas en terreno propio, pues que el que es dueño de la superficie no lo es del subsuelo, á no ser que haya obtenido del Estado su propiedad por consecuencia de haberla adquirido con arreglo á las prescripciones de la ley de minería: las cosas litigiosas, porque mientras está en tela de juicio el dominio de una finca, no puede considerarse á ninguno de los contendientes con derecho ni para enajenarla ni para hipotecarla. Respecto á los bienes que por contrato ó última voluntad están sujetos á condiciones resolutorias, es aplicable en parte lo que queda expuesto acerca de los vendidos con cláusula de retroventa, y en parte lo establecido sobre el usufructo, porque reúnen las dos condiciones de ser revocable el dominio y de corresponder entre tanto todo el producto de los bienes al que los posee, mientras no sea una realidad el suceso incierto á que la condición se refiere.

No es esta condición igual al pacto de retroventa, porque en éste se fija un tiempo dentro del cual se ha de usar del derecho de retraer, tiempo que ha de llegar, lo que no sucede en el caso de la condición, la cual hace incierta la resolución del dominio. Sin embargo, no es inflexible el Proyecto en este punto; como que la prohibición de hipotecar está introducida sólo á favor de aquel á quien en su caso puede aprovechar la condición resolutoria, y á cada uno es lícito renunciar al derecho á su favor constituido, se permite la hipoteca con el expreso consentimiento de éste, cuando tiene capacidad civil para obligarse. Lo mismo se establece cuando el cumplimiento de la obligación depende exclusivamente de la voluntad del que posee los bienes que se hipotecan, porque entonces hay la presunción de que no llegará el caso de cumplirse la condición resolutoria. Mas si, subsistiendo la hipoteca, el deudor hiciera ó dejare de hacer aquello de que depende la existencia de su derecho, la obligación perderá el carácter de hipotecaria, quedará reducida á la clase de comun, y se extinguirá el derecho en la cosa, si bien, además de la responsabilidad civil que pesa sobre el deudor, habrá lugar á una acción criminal si ha obrado con fraude y perpetrado alguno de los hechos que caen bajo las prescripciones del Código penal. Ni podrá quejarse en este caso el acreedor, que no ignoraba que al prestar con semejante garantía tenía que confiar, más bien que en la seguridad que le inspiraba la hipoteca, en el conocimiento de las circunstancias, probidad y buena fe de aquel á quien prestaba, y en la garantía personal que le ofrecía.

**EXTENSION DE LA HIPOTECA.**—Las leyes de Partida, siguiendo á las romanas, establecieron que el derecho de hipoteca no se limitara á la cosa hipotecada, sino que fuera también extensivo á las accesorias naturales, á las mejoras y á los frutos y rentas no percibidos al vencimiento de la obligación. Sirviéles de fundamento que todas estas agregaciones eran parte de la finca, y que todas pertenecían á la clase de bienes inmuebles, ó bien por su naturaleza, ó bien por su adherencia á las que lo eran. Lo que hicieron las leyes de Partida ha sido admitido sin distinción en todas las legislaciones modernas; no podía, por lo tanto, desentenderse de ello la Comisión, que ha creído necesario descender á fijar expresamente los casos de aplicación del principio, para evitar en la práctica las dudas y dificultades.