

LECCION 2.

ARTICULOS 1940 á 1943.

Art. 1940.—*La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligacion y su preferencia en el pago.*

—**1941.**—*Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravámen impuesto, aunque pasen á manos de un tercer poseedor.*

—**1942.**—*La hipoteca solo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, ó sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos.*

—**1943.**—*Siempre que fueren hipotecadas fincas sujetas á gravámenes reales no comprenderá la hipoteca sino el valor de las mismas fincas, deduciendo el del gravámen real, ó la prestación correspondiente á cinco años, si la obligacion fuere de rentas ó pensiones anuales.*

1.—De los artículos que anteceden, el primero define la hipoteca, el segundo caracteriza la naturaleza de la accion que de ella se deriva, el tercero determina la naturaleza de los bienes que pueden ser objeto de la hipoteca, y el último resuelve lo que debe comprender la hipoteca de una finca sujeta ya á un gravámen real.

La palabra *hipoteca*, voz griega que equivale á la palabra latina «*Suppositio*» nos da etimológicamente la idea de ser al-

go destinado á servir de apoyo, á sostener y dar fuerza á una obligacion. En derecho se entiende por hipoteca: 1º el contrato en que se estipula ó conviene; 2º el derecho ó accion que nace de ese contrato; 3º la misma cosa hipotecada, ó dada en garantía.

Desde luego se comprende que el artículo 1940 de nuestro Código define la hipoteca en la segunda de las acepciones legales que tiene esta palabra. La hipoteca, segun ésto, es un derecho real, se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, y tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligacion y su preferencia en el pago.

Sabido es que los derechos son personales ó reales—*ius ad rem et jus in re*;—que los primeros se dirigen directa é inmediatamente contra la persona obligada, y los segundos directa é inmediatamente contra la cosa afecta á la obligacion; los primeros están limitados á determinada persona; faltando ésta ó su sucesor universal que se reputa como la continuacion de la persona jurídica del antecesor, el derecho se hace ineficaz por que no hay contra quien dirigirlo; los segundos, haciendo abstraccion de la persona, persiguen la cosa misma, y en consecuencia se dirigen siempre contra la persona que posee, y en algunos casos contra la que dolosamente ha dejado de poseer; los primeros desaparecen desapareciendo la persona obligada; los segundos, por una analogía bien natural, desaparecen, desapareciendo la cosa objeto del derecho mismo y de la obligacion correlativa; los primeros solo pueden intentarse contra la persona que ha consentido la obligacion, ya expresa, ya tácita ó presuntivamente en los casos en que el derecho finge ó presume el consentimiento; los segundos se ejercitan ó pueden ejercitarse aun contra las personas que no solo no han consentido la obligacion, sino que ni la han cono-

eido.—En algunos casos cuando la accion hipotecaria se ejercita contra el deudor primitivo, contra el que contrajo y consintió la obligacion garantizada con la hipoteca, pudiera considerarse aquella en la categoría de las acciones mixtas, acciones que participan de la naturaleza de las personales y de las reales; pero examinando detenida y filosóficamente la naturaleza de la accion hipotecaria, pura y simple, se comprende que en todos casos esta accion conserva en rigor su calidad de accion ó derecho real—*actio in re, jus in re*.

En la teoría de los jurisconsultos el dominio es considerado como el derecho real por excelencia; y los demás derechos reales, las servidumbres, por ejemplo, se consideran como una desmembracion del dominio. Por regla general, los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles, verifican una especie de desmembracion del dominio, dividiendo los efectos de éste entre el dueño y aquel en cuyo favor se constituye el derecho real—Así, cuando consentimos, en beneficio del vecino, que descansa sobre nuestra pared ó casa su viga ó su pared; cuando nos obligamos á no elevar mas alto nuestro edificio para no quitar al suyo la vista, la luz ó la ventilacion; cuando le permitimos que atraviese nuestro fundo para ir al suyo; y en general, en todos los casos en que constituimos á favor de su fundo ó propiedad una servidumbre, consentimos en limitar ó restringir los efectos de nuestro dominio, restringiendo á la vez la libertad que la naturaleza nos dá y nos garantizan las leyes. El propietario de un fundo tiene un derecho incuestionable, no solo para venderlo, para gravarlo, para transmitirlo por cualquier título, sino para aprovecharse exclusivamente de su uso, para impedir que otro sin su beneplácito se aproveche de él, para hacer todas las construcciones que crea convenientes, destruir las hechas y cambiar

la forma del predio mismo. Todas estas facultades se derivan naturalmente de su derecho de dominio que consiste en el derecho de disponer, de usar, de disfrutar y aun de abusar de la cosa que nos pertenece; pero desde el momento en que constituimos en favor de otro fundo una servidumbre cualquiera, limitamos forzosamente para nosotros los efectos de nuestro dominio, y consentimos en que el dueño del prédio dominante disfrute de una parte de los derechos que sin esto nos pertenecerían exclusivamente. En este concepto es en el que opinan respetables autores que la constitucion de una servidumbre importa en cierto modo una desmembracion del dominio, limitando los efectos de éste para el señor del prédio sirviente tanto cuanto importa para el señor del predio dominante la participacion que se le otorga en esos mismos efectos.

Pero tratándose de la hipoteca, derecho esencialmente real, la teoría que acabamos de indicar no tiene aplicacion—La hipoteca no importa una desmembracion del dominio, el que se conserva todo entero y en todos sus efectos para el señor ó dueño de la cosa hipotecada. La hipoteca no impide al deudor que la constituye enagenar la cosa hipotecada por cualesquiera títulos; no le impide gravarla con otras hipotecas, no limita el uso y aprovechamiento de la cosa; en suma, no priva al deudor de parte alguna de su libertad natural con respecto á la libre disposicion y aprovechamiento de la cosa hipotecada; en consecuencia, la hipoteca no importa como otros derechos reales una especie de desmembracion del dominio.

Lo dicho hasta aquí basta para dar á conocer el carácter ó naturaleza de la hipoteca como derecho real.

Nuestro artículo agrega que este derecho se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales. Mas adelante—art. 1951 —veremos qué cosas, aun teniendo el carácter de bienes

inmuebles ó derechos reales, no pueden, sin embargo, hipotecarse: por ahora nos bastará decir, que los bienes sobre que se constituye una hipoteca deben de pertenecer forzosamente á una de las categorías indicadas—bienes inmuebles, ó derechos reales—sin que por esto se crea que todo bien inmueble ó todo derecho real es susceptible de ser hipotecado.

El artículo 782 de nuestro código nos dice qué bienes son inmuebles ya por su naturaleza, ya por disposición de la misma ley. Según este artículo son bienes inmuebles: 1º las tierras y los edificios y demás construcciones que no pueden trasportarse; 2º las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos á la tierra, y los frutos pendientes en los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas ó cortes regulares; 3º 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 él adherido; 4º las estatuas colocadas en nichos construidos en el edificio, exclusivamente para ellas; 5º cualquier objeto artístico incrustado en el edificio; 6º los estanques de peces, los palomares, las colmenas y los demás viveros de animales; 7º las máquinas, vasos, instrumentos ó utensilios destinados por el propietario de una finca para el uso propio de la industria que en aquella se ejerciere; y las cañerías de cualquiera especie que sirven, ya para conducir el agua á la finca, ya para extraerla de ella; 8º las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles—Así, pues, todo aquello que no esté comprendido en alguna de estas categorías no puede reputarse inmueble, ni es susceptible de ser hipotecado.

Pero nuestro artículo dice, que la hipoteca se constituye también sobre derechos reales y en esta parte de la ley debemos detenernos un poco.

Los derechos reales pueden ser bienes inmuebles ó bienes muebles. Las servidumbres y los demás derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles, son también bienes inmuebles; los derechos ó acciones que tienen por objeto cantidades exigibles ó cosas muebles, son bienes muebles—art. 786;—lo son igualmente las acciones que cada socio tiene en las compañías de comercio ó de industria aun cuando á éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles—art. 787;—lo son por último las rentas perpetuas ó las vitalicias, sea que graviten sobre el tesoro público, ó sobre propiedades privadas, ó que estén garantidas por simple obligación personal—art. 788—En presencia de estas disposiciones desde luego ocurre preguntar: ¿todo derecho real constituido sobre bienes inmuebles ó sobre bienes muebles es susceptible de ser hipotecado? ¿ó son solo susceptibles de hipoteca los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles? Si lo primero resultará el absurdo de que no pudiendo hipotecarse una cosa mueble pudiera hipotecarse un derecho real constituido sobre ella; si lo segundo, siendo por disposición de la ley bienes inmuebles los derechos reales constituidos sobre ellos habría bastado al definir la hipoteca decir, que era un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles para garantir el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. El sentido de este artículo queda fijado, como veremos mas adelante, por el artículo 1942.

La ley española mas cauta en materia de definiciones, siempre difíciles y peligrosas, se abstuvo de definir la hipoteca y se limitó á consignar en el artículo 105 que las hipotecas sujetan directa é inmediatamente los bienes sobre que se imponen al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor, y en el art.

106, que solo pueden ser hipotecados: 1º los bienes inmuebles; 2º los derechos reales enagenables, con arreglo á las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles.

Nada hay que decir con relacion á la última parte del art. de que nos ocupamos. La hipoteca tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligacion y su preferencia en el pago. La hipoteca supone la existencia de una obligacion, y no puede existir si la obligacion no existe, como no puede existir lo accesorio faltando lo principal. Este carácter de la hipoteca es el mismo que tuvo en el derecho romano, en nuestra antigua legislacion, y el que tiene ahora en todas las legislaciones.

Ya vimos que la ley española sin definir la hipoteca la dá á conocer en los artículos 105 y 106.

El Código del Estado de México en su art. 2056, y el de Veracruz en el 2284 la definen diciendo: que es un derecho real sobre los bienes inmuebles que se sujetan al cumplimiento de una obligacion.

El Código francés en su artículo 2114 dice, que la hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectos al cumplimiento de una obligacion. Esto mismo dicen el Código de las Dos Sicilias en su art. 2000, el de la Luisiana, art. 3249, el de Cerdeña, art. 2163, el de Holanda, art. 1208; la ley hipotecaria de Bélgica en su art. 41, y el Código de Bolivia en su art. 2138.

El Código austriaco dice: art. 447—El derecho de prenda es el derecho real acordado á un acreedor para ser pagado sobre una cosa, cuando la obligacion no ha sido satisfecha á su vencimiento. La cosa sobre la que se acuerda semejante derecho al acreedor se llama en general *prenda*.

Art. 448.—Todas las cosas que están en el comercio pue-

den ser dadas en prenda. Cuando la cosa es mueble constituye una prenda manual, ó prenda propiamente dicha; cuando es inmueble constituye una hipoteca, ó prenda territorial.

El Código de Prusia, parte 1ª tit. 20 dice:

Art. 390.—«No puede adquirirse derecho de hipoteca sino sobre bienes inmuebles, y sobre los derechos que conforme á la ley se asimilan á los bienes inmuebles.»

Art. 391.—«La adquisicion de este derecho no tiene lugar sino sobre los bienes inmuebles y los derechos inscritos en el libro de las hipotecas.»

El Código Argentino—libro 3º tit. 14 dice:

«Art. 1º—La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.»

Por último el moderno Código italiano se expresa así:

Art. 1964.—La hipoteca es un derecho real constituido sobre bienes del deudor ó de un tercero en beneficio de un acreedor para asegurar con los mismos bienes el cumplimiento de una obligacion.

Es indivisible y subsiste toda entera sobre todos los bienes hipotecados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes.

Es inherente á los bienes y los sigue cualquiera que sea su poseedor.»

2.—El segundo de los artículos, materia de la presente leccion dice, que los bienes hipotecados quedan sujetos al gravámen impuesto, aunque pasen á manos de un tercer poseedor.

El principio consignado en el presente artículo es una consecuencia natural y necesaria del artículo anterior. En éste se dijo, que la hipoteca es un derecho real, y conocida la naturaleza de los derechos de esta especie, nada mas natural y

conforme á esa misma naturaleza que el principio que consigna el artículo 1941. En realidad pudo omitirse este artículo y su falta en nada habria perjudicado á los principios establecidos en el Código en materia de hipotecas; mas no se crea por esto que lo repugamos, ni que acusamos de superflua á la ley, por que en todo caso somos de sentir, que la mayor claridad en las prescripciones legales es preferible á los peligros de una escensiva consicion.

Concuerdia sustancialmente el artículo de que tratamos con la 1ª parte del artículo 2081 del Código del Estado de México; con el 2314 del Código de Veracruz; con el 105 que ya conocemos de la ley española, con el 2166 del Código frances; con el 2060 del de las Dos Sicilias; el 3360 del de la Luisiana; el 2283 del de Cerdeña; el 1242 del de Holanda; el 492 del de Prusia; el 96 de la ley de Bélgica; el 2199 de Bolivia y el 192 del de los Estados Romanos.

El Código Austriaco sin despojar á la hipoteca de su naturaleza de derecho real, ordena en su art. 466, que si la propiedad empeñada ó hipotecada ha sido trasferida á otro durante el tiempo de la hipoteca, el acreedor tiene la facultad de ejercitar primero la accion personal contra el deudor y en seguida completar el pago sobre el inmueble.

La ley española en su art. 127, dice:

«El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurado con los que aquel posee, si al vencimiento del plazo no lo verifica el deudor despues de requerido judicialmente ó por notario.»

El Código Argentino en su art. 7º y el Italiano en el 1964 ya citado, reconocen el efecto de la hipoteca de perseguir los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor.

Para completar esta parte de nuestra comparacion debemos decir, que tanto el derecho romano como las leyes de Partida consagran el principio de que la hipoteca persigue la cosa, cualquiera que sea el poseedor. Así lo enseñan abundantes textos, bastando á nuestro propósito referirnos á los que se contienen en el Digesto en el tít. de Pignoribus et hypothec. y á la ley 14 tít. 13 Part. 5ª, haciendo las dos advertencias siguientes.

1ª La accion real que nace de la hipoteca—entre los romanos actio Quasi-Serviana vel hypothecaria—tenia principalmente por objeto poner al acreedor en posesion de la cosa hipotecada: 2ª Conforme á las leyes romanas y á las de partida, por regla general, el acreedor no puede perseguir la cosa hipotecada en poder de un tercer poseedor, sino despues de verificar la excusion del deudor principal, mediante el ejercicio de la accion personal respectiva.

3.—El art. 1942 prescribe que la hipoteca solo puede recaer sobre bienes ciertos y determinados, ó sobre los derechos reales que en ellos estén constituidos.

Ya vimos ántes al examinar el artículo 1940 que el presente fija el sentido de aquel, quedando bien establecido que al hablar de derechos reales se limita á los que están constituidos sobre bienes inmuebles, derechos que, segun tambien hemos visto, se reputan bienes inmuebles.

La parte interesante del art. que examinamos consiste en la desicion que contiene de que solo puede constituirse hipoteca sobre bienes ciertos y determinados. Quedan, pues, proscritas las hipotecas generales, las hipotecas de todos los bienes del deudor asi presentes como futuros que autorizaba nuestra antigua legislacion, que han condenado las mas de las eglislaciones modernas; pero que aun se conservan en vigor

en no pocas leyes hipotecarias. La especialidad y la publicidad: he aquí los dos grandes principios sobre que descansa la reforma hipotecaria emprendida y llevada á cabo por las legislaciones modernas. Nada mas pernicioso en el sistema antiguo que la generalidad de las hipotecas especialmente las legales; nada mas á propósito para paralizar el movimiento de la propiedad raíz; nada mas eficaz para sembrar la desconfianza y para hacer de las transacciones sobre bienes inmuebles fuentes inagotables de litigios interminables y ruinosos. Natural era que nuestro Código adoptara el principio de especialidad que consagra el art. 1942.

La ley hipotecaria española no contiene alguna prescripción que esté, en cuanto á la forma, en armonía con nuestro artículo; mas no por eso deberá creerse que autoriza ó reconoce las hipotecas generales. Exige para la validez de toda hipoteca su inscripción en los registros hipotecarios, y previene que esta inscripción se verifique tomándose nota de la naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre, y número si constaren de los inmuebles objeto de la inscripción, ó á los cuales afecte el derecho que deba inscribirse; y ya se vé que semejante prevención no es realizable, sino tratándose de bienes mas ó menos numerosos, pero ciertos y determinados. De manera que si bien no está consignada la especialidad de las hipotecas en algun artículo expreso que prohíba las hipotecas generales, sí está reconocida en el espíritu general de la ley y particularmente en las disposiciones relativas á la inscripción. Por esta razón dicen los Redactores de esa ley en su parte expositiva: «Consecuencia lógica del sistema de publicidad de las hipotecas es que desaparezcan de nuestro derecho las generales: si prevalece el principio de la comisión, quedarán desde luego reformadas todas las leyes que las pres-

criben ó autorizan, y nada significará la cláusula de hipoteca general que en adelante se ponga en los contratos entre particulares, como de hecho no lo ha significado desde la creación de las contadurías de hipotecas. La hipoteca general, aunque se limite á los bienes presentes, y no se estienda, como es muy comun, á los que en adelante puedan adquirirse, dá por resultado la falta de publicidad en la hipoteca, porque en tanto puede decirse que ésta es pública, en cuanto esté inscrita en el registro con individual expresión de la finca á que afecta y de la cantidad á que se estienda la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de su publicidad.»

El Código de México en su art. 2058 y el de Veracruz en el 2286 establecen la especialidad de la hipoteca, previniendo que, «no puede constituirse sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados.» Estos Códigos admiten, sin embargo—art. 2068 del primero y 2299 del segundo—la hipoteca de bienes futuros, la que solo dá acción al acreedor para inscribir su derecho hipotecario sobre los bienes que el deudor adquiera en lo sucesivo y á medida que los adquiera.

El Código francés en su art. 2129 establece la especialidad de la hipoteca voluntaria ó convencional, lo mismo que el Código de las Dos Sicilias en su art. 2015, el de Cerdeña, art. 2189; el de la Luisiana en sus artículos 3273 y 3275; el de Bolivia en el 2157; el de los Estados Romanos en el 126; el de Holanda en los 1219 y 1220; la ley de Bélgica en el art. 78; el Código italiano en el 1965, y el argentino en el 2º, lib. 3, tít. 14.

La ley de Baviera en la parte final del art. 11 decide que la inscripción no tiene lugar, sino cuando la suma es determinada, y los inmuebles especialmente designados.

El Código frances admite tambien la hipoteca sobre bienes futuros cuando siendo insuficientes los del deudor, se manifiesta esta insuficiencia, en cuyo caso puede consentir que los bienes que adquiriera en lo futuro queden sometidos á la hipoteca á medida que los adquiriera. Tal es la disposicion contenida en el art. 2130 que aceptan el Código de las dos Sicilias en su art. 2016; el de Bolivia en el 2158, el de los Estados Romanos en el 127 y la ley toscana en su art. 73.

El Código de Holanda en su art. 1220 y el de la Luisiana en el 3276 niegan expresamente que de alguna manera puedan ser hipotecados los bienes futuros. Sin embargo, el Código de la Luisiana, siguiendo en esto al frances, reconoce las hipotecas legales con el carácter de generales y tácitas.

El Código prusiano en sus artículos 402 y 403 establece que la convencion en virtud de la que han sido hipotecados todos los bienes, ó los inmuebles especiales del deudor, no autoriza al acreedor á inscribir judicialmente su derecho en el libro de las hipotecas: es necesario para esta inscripcion el consentimiento especial y expreso del deudor.

4.—El último artículo—el 1943—que nos propusimos examinar en la presente leccion habla del caso en que se hipoteque una finca ya gravada con un gravámen real. En ese caso no se tendrá por gravada la finca sino en su parte libre, deducido el valor del gravámen, (el artículo dice:) «ó la prestacion correspondiente á cinco años;» pero debemos creer que debió decir «y la prestacion correspondiente á cinco años, si la obligacion fuere de rentas ó pensiones anuales.» De otra manera se prestaria la inteligencia del artículo á aplicaciones injustas y absurdas. En el lugar correspondiente, cuando estudiemos el art. 1972, examinaremos las concordancias y diferencias que en este particular nos ofrecen las legislaciones extranjeras, todas

ellas conformes en no acordar á los réditos adeudados por un capital anterior la misma prelacion que al capital. Por ahora, y para persuadirnos de que en la redaccion del artículo, tal como está escrito, hay un error de imprenta, y que debe sustituirse á la partícula disyuntiva «ó» la copulativa «y,» bastará tener presente lo que la comision de redaccion dice á este propósito: «El art. 1943 establece un principio de inmensa utilidad, que hace palpable el 1972. Uno de los grandes males que sufre el acreedor hipotecario, consiste en que no conociendo mas que el importe de los capitales que con anterioridad gravan la finca, descansa en la engañosa confianza de que el valor de ésta basta para cubrir su crédito, y cuando despues de largos años de concurso llega á dictarse la sentencia de graduacion, encuentra que los réditos de los capitales anteriores al suyo, excluyen éste, absorbiendo el precio de la cosa hipotecada. Conforme á los artículos referidos, no tendrán ya prelacion mas que los réditos de los últimos cinco años: de esta manera el acreedor posterior puede fácilmente calcular la garantía que le ofrece la finca; pues sumando el capital anterior y su rédito durante cinco años, verá qué cantidad puede caber en el resto del precio, y si no con exactitud aritmética, á lo menos con fundada probabilidad puede conocer las ventajas ó desventajas del contrato.»
