

está mencionada en registro. Se podía y se debiera haber admitido igual decisión para determinar el rango de preferencia entre dos inscripciones hechas el mismo día. Que si hubo dificultades y contestaciones el juez está ahí para conocerlas; pero es un modo extraño de evitarlas el atacar un derecho del acreedor que se presenta el primero.

551. La hipoteca no inscrita no puede ser opuesta á los terceros. ¿Cuáles son estos terceros? No hay ninguna duda en cuanto á los adquirentes del inmueble hipotecado; no sólo pueden prevalecerse de la falta de inscripción sino que ni siquiera pueden ya hacerse después de la transcripción del acta de adquisición. Volveremos á este último punto. En cuanto á los acreedores hipotecarios el art. 81 (Código Civil, art. 2134) es aplicable á la letra; entre los acreedores la hipoteca tiene *lugar* desde el día de la inscripción; es, sobre todo, para determinar este *lugar* por lo que la ley exigió la publicidad, para que los terceros que estipulen hipoteca y la inscriban no estén en el caso de ser preferidos por una anterior no inscrita. Entre acreedores hipotecarios el lugar se determina, pues, por la inscripción. ¿Debe aplicarse el mismo principio cuando existe un conflicto entre el acreedor hipotecario no inscripto y el acreedor quirografario?

Hubo en los primeros años que siguieron á la publicación del Código Civil grandes discusiones sobre ese punto. La Corte de Casación se pronunció dos veces en favor de los acreedores quirografarios; el segundo recurso se opuso contra una sentencia de la Corte de Rion pronunciada sobre las conclusiones conformes de Grenier, entonces Procurador General, y después de acalorados debates. La Cámara Civil confirmó la decisión, pero después de una deliberación de dos días. (1) Después cesó la controversia: la

1 Grenier, t. I, p. 75, núm. 60. Martou, t. III, p. 128, núm. 1029. Pont. tomo II, p. 171, núm. 729. Aubry y Rau, t. III, p. 285, nota 3, pfo. 266. Véase

doctrina y la jurisprudencia están unánimes. Había serios motivos para dudar. El art. 2134, reproducido por el artículo 81 de la ley belga, dice que entre los *acreedores* la hipoteca no tiene *lugar* más que desde el día de la inscripción. ¿Qué se entiende por *acreedores*? El texto de la ley y el título de la sección prueban que sólo se tuvo presentes á los acreedores hipotecarios. En efecto, el artículo determina el lugar entre los acreedores; lo que supone un concurso y un conflicto de acreedores que tienen inscripción en un mismo inmueble. El § 2 del art. 81 (Código Civil, art. 2147) hace excepción á la regla establecida por el § 1; y la excepción supone un concurso entre acreedores hipotecarios; luego la regla tampoco se refiere á esos acreedores.

El intitulado lo dice: *Del lugar que tienen las hipotecas entre sí*. De este modo la ley entien le arreglar el lugar de los acreedores hipotecarios; no se ocupa de los quirografarios, que no tienen lugar, porque siempre están por contribución.

La Corte de Casación invoca los artículos 2092-2094 (Ley Hipotecaria, arts. 7-9) para deducir que los acreedores hipotecarios no pueden hacer valer su derecho de preferencia, con respecto á los acreedores quirografarios, más que cuando han observado las formalidades prescriptas por la ley para darle su eficacia á la hipoteca con relación á los terceros. Esta es precisamente la cuestión, y la ley seguramente no consagra el principio tal como lo formula la Corte de Casación. ¿Cuál es la disposición que hace depender el lugar de la hipoteca de su inscripción? Este es el art. 2134; y acabamos de decir que este artículo es ajeno á los acreedores quirografarios. La Corte cita el art. 2113; hay privilegios que degeneran en hipotecas; la ley dice que dichas hipotecas datan, con relación á los *terceros*, desde la época

la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1370.

de las inscripciones. ¿Cuáles son esos terceros? El art. 2113 no lo dice. Y es evidente que no es este artículo el que es el lugar de la materia; el único objeto de la ley es decir que los privilegios degeneran en hipotecas cuando no han sido inscritos en el plazo legal; pierden la calidad de privilegio, que les aseguraba un efecto retroactivo en el sistema del Código, y no tienen efecto más que desde el día de la inscripción, á título de hipotecas. ¿Con relación á quién? Con relación á los terceros, contesta la ley, reportándose á los artículos que tratan de la inscripción; el art. 2113, simple disposición de traslado en lo relativo á la inscripción, no puede, pues, ser invocado como una disposición de principio; se le debe interpretar por el art. 2135 en vez de interpretar el 2135 por el 2113, como lo hace la Corte de Casación.

El único argumento sólido que se puede invocar en favor de la interpretación que ha prevalecido es el que ministra el art. 2146, combinado con el 440 del Código de Comercio. Creemos inútil insistir; nuestro objeto no es atacar la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado; si es dudosa bajo el punto de vista de los textos en contra está en armonía con los verdaderos principios del régimen hipotecario. La Corte de Casación tiene razón en decir que el sistema de publicidad, que es la base fundamental de nuestro régimen hipotecario, debe aprovechar á todos los terceros, sin distinguir, puesto que tiene por objeto avisar á todos aquellos que pueden tener interés en que el patrimonio de aquel con quien tratan haya sido ya absorbido, en todo ó en parte, por inscripciones hipotecarias. En este sistema todos los intereses quedan garantizados por la publicidad; mientras que restringido el beneficio de la publicidad á los terceros adquirentes y á los acreedores hipotecarios se limita la publicidad y se la mutila. Sólo que dudamos de que este espíritu de publicidad haya sido el de los autores del Código Civil. En el sistema del Código los acreedores qui-

rografarios estaban sin garantías contra las actas de disposición hechas por el deudor; no tenían más garantía que la acción pauliana. La ley belga fué la que inauguró la verdadera publicidad extendiéndola á todas las actas que se refieren á la situación hipotecaria del deudor y sentando en principio que *cualquier* tercero (art. 1.º) puede prevalecerse de la falta de publicidad. Este principio, establecido por nuestra ley, es la base del sistema de publicidad hipotecaria; comprende virtualmente la publicidad de las hipotecas tanto como la publicidad de los demás derechos reales inmobiliarios; sólo el modo de publicidad es el que difiere; pero importa poco, bajo el punto de vista del principio, que la publicidad se haga por vía de transcripción ó de inscripción; los efectos tienen que ser los mismos, porque el objeto es idéntico. La interpretación que la Corte de Casación ha dado al Código Civil ha recibido una sanción legislativa por el art. 1.º de la ley belga. Y, sin embargo, la interpretación de esta disposición está controvertida; se ha tratado, y tratan todavía, de excluir á los acreedores quirografarios del beneficio de publicidad; esto es querer restringir la publicidad lata de la ley belga por la publicidad imperfecta y estrecha del Código Civil. Nuestra Corte de Casación ha interpretado la ley según su verdadero espíritu, y su jurisprudencia, más sólida que la de la Corte de Casación de Francia, en nuestro debate, se apoya en una base inquebrantable: la de los textos y de la tradición nacional.

552. Hay todavía una cuestión en la que la opinión generalmente seguida nos deja algunas dudas. ¿Se pregunta si aquel que tuviera conocimiento de la hipoteca no inscrita puede prevalecerse de la falta de inscripción? Todos los autores se pronuncian por la negativa, y la jurisprudencia está en el mismo sentido, excepto una sentencia de la Corte

de Casación de Francia en cuyo sentido hay controversia. (1) Preferimos la opinión contraria que la jurisprudencia ha desechado. ¿Cuál es el objeto de la publicidad? La Corte de Casación acaba de decírnoslo: es avisar á los terceros la existencia de los cargos hipotecarios que gravan los bienes de aquel con quien se proponen tratar. Los terceros pueden oponer la falta de transcripción porque la hipoteca no publicada los indujo en error y les causó un perjuicio. Y ¿de qué se quejarían cuando al contratar conocían los cargos? ¿Se dirá que no tienen aviso cuando realmente trataron con conocimiento de causa? Hay algo de contradictorio y poco leal en su oposición. En el caso que se presentó ante la Corte de Casación el acreedor inscripto pretendía prevalecer al primer acreedor no inscripto; nada más justo que esta pretensión si había estipulado su hipoteca ignorando la que se había consentido ya; pero lejos de ignorarla había redactado el acta como pasante. Estaba, pues, plenamente informado y su defensa consistía en decir que no lo sabía. Legalmente no lo sabía, puesto que la hipoteca no había sido inscripta; pero de hecho conocía la existencia de la hipoteca tanto como si hubiera sido publicada. (2)

Comprendemos que los autores franceses sostengan la opinión rigurosa que ha prevalecido en jurisprudencia; no hay ningún antecedente legislativo que ponga el conocimiento de hecho en la misma línea que la publicidad legal. Pero en nuestra legislación este precedente existe, se encuentra en el texto de nuestra Ley Hipotecaria; este mismo artículo no permite á los terceros que conocían las actas no publicadas por la vía legal oponer la falta de publicidad. Es verdad que el artículo no habla más que de las actas sometidas á la transcripción, pero el principio comprende

1 Aubry y Rau, t. III, p. 287, nota 9, pfo. 267. Pont, t. II, p. 169, número 728. Martou, t. III, p. 128, núm. 1029.

2 Denegada, 7 de Diciembre de 1831 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1371).

virtualmente las hipotecas, que también son derechos reales inmobiliarios; la única diferencia que la ley establece entre las hipotecas y los demás derechos reales es que las primeras se hacen públicas por la inscripción mientras que las otras se publican por la transcripción pero esta diferencia en el modo de publicidad no toca en nada el principio; los motivos por los que los terceros no pueden prevalecerse de la falta de publicidad cuando conocen actas no publicadas son los mismos en todos los casos en que la ley prescribe la publicidad; poco importa que se trate de actas sometidas á la transcripción ó á la inscripción; el principio es idéntico; debe, pues, recibir siempre su aplicación.

553. ¿Puede el deudor prevalecerse de la falta de inscripción? Acerca de este punto no puede haber duda. Desde luego se puede decir, en nuestra opinión (núm. 552), que teniendo conocimiento el deudor de la hipoteca que tiene concedida nunca puede pretextar ignorancia; por su parte habrá mala fe en invocar la falta de publicidad, puesto que oponiendo la nulidad de la inscripción quitaría al acreedor una garantía hipotecaria que se obligó á ministrarle. Pero en la opinión general esto no sería un motivo determinante. Hay otro: es que la publicidad no está establecida como una condición para la existencia ó la validez de la hipoteca (núm. 546); tiene por objeto único avisar á los terceros que el inmueble del deudor está ya gravado con cargos hipotecarios. Los terceros solos pueden prevalecerse de que la publicidad exigida en interés suyo no ha sido cumplida. (1)

De esto se sigue que el deudor no puede pedir la cancelación de la inscripción porque ésta fuera viciosa ó incompleta. Está sin derecho y sin interés: sin derecho, puesto que la inscripción le es extraña, no es tercero; sin interés,

1 Pont, t. II, p. 172, núm. 730. Martou, t. III, p. 129, núm. 1030. Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 4, pfo. 267.

pues en vano fuera cancelada la inscripción; no por esto dejaría de estar obligado á la garantía hipotecaria. (1) Lo mismo sucedería si el acreedor hubiera descuidado de renovar la inscripción; el deudor no puede prevalecerse de la perención. Esto es lo que la Corte de Casación ha sentenciado en el caso siguiente: Constitución de una renta vitalicia con garantía hipotecaria. El acreedor rentista vende el inmueble hipotecado sin dar á conocer al adquirente la existencia de la renta vitalicia. El acreedor rentista, que había descuidado de renovar la inscripción, pidió la rescisión del contrato, fundándose en que las seguridades ofrecidas por el contrato estaban disminuidas. Había un motivo de duda: si las seguridades estaban disminuidas era por el hecho del acreedor rentista, quien había descuidado de renovar la inscripción. La Corte de Burdeos desechó, en consecuencia, la demanda de rescisión. En el recurso intervino una sentencia de casación. La Corte sienta en principio que la hipoteca existe para con el deudor por la sola fuerza del contrato; no necesita, para ser válida y producir su efecto contra el que se inscriba, la inscripción; siendo sólo exigida para fijar el lugar entre los acreedores. De esto la Corte saca la consecuencia de que el deudor no puede objetar al acreedor que ejerce su derecho hipotecario contra él solo que no ha tomado inscripción ó que la que tomó ha decaído. Y en el caso el debate existía entre el deudor y el acreedor; la sentencia atacada había, pues, violado la ley acogiendo la defensa del deudor fundada en la falta de inscripción ó de renovación; el acreedor se había descuidado, es verdad, pero el deudor no tenía derecho de reprocharle su descuido. (2)

554. Se ve que la hipoteca, aunque no inscripta, produ-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 5 y las autoridades que citan.

2 Casación, 16 de Abril de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 4164).

ce efectos entre el acreedor y el deudor. Por aplicación del mismo principio hay que decidir que el acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos contra los herederos del deudor independientemente de toda inscripción. Este es el interés de la cuestión. Deuda hipotecaria de 12,000 francos y tres herederos; cada uno es sólo deudor de su parte, que suponen ser de una tercera parte; el acreedor persigue á uno de los herederos detentor del inmueble hipotecado; ¿puede éste oponer al acreedor la falta de inscripción de la hipoteca? Es seguro que no lo puede por su parte hereditaria, puesto que, por su parte, contraría la personalidad del deudor. ¿Pero lo puede por las dos terceras partes de la deuda de que no es deudor personal? La afirmativa se enseña; (1) es dudosa. Se trata de saber si el heredero perseguido por la totalidad de la deuda puede oponer al acreedor la división que se operó entre los sucesibles: ¿Es deudor personal por toda la deuda como sucesor del deudor? Examinaremos la cuestión de principio al tratar del derecho de prosecución. En nuestro concepto el heredero que paga su parte en la deuda deja de ser deudor personal; se vuelve tercero detentor y, como tal, puede oponer la falta de transcripción.

555. ¿Debe aplicarse el principio al cesionario del deudor? La Corte de Casación lo hizo en el caso siguiente. Concesión de una hipoteca; el deudor vende el inmueble hipotecado á su hermano y se hace conceder una hipoteca, teniendo la inscripción de la primera constituida por él. Una orden se abre. El cesionario de la hipoteca inscripta en primer lugar pide que se le coloque antes que el acreedor inscripto después de él, pero para una hipoteca anterior. Su pretensión fué desechada por la Corte de Agén y por la de Casación. Si el cedente se hubiera presentado en la orden no hubiera podido oponer la falta de inscripción

1 Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 8, pfo. 267.

de la hipoteca consentida por él y, por consiguiente, hubiera sido prevalecido por el acreedor que le había concedido la hipoteca, aunque éste se hubiera inscripto después. La cuestión era, pues, saber si el cesionario está sometido á la misma obligación. Nos parece que basta presentar la cuestión para resolverla en un sentido contrario al que admitió la Corte de Casación. Si el deudor no puede oponer la falta de inscripción es porque está personalmente obligado á dar una garantía hipotecaria, y no puede, contra su compromiso, atacar el derecho del acreedor; pero este compromiso le es personal, no pasa á un cesionario que es un legatario á título particular y, por consiguiente, un tercero. La Corte de Casación invoca otro principio: es que el deudor no puede ceder más derechos de los que tiene. Esto es verdad cuando se trata de un derecho real, pero no para los derechos de obligación, y, en el caso, se trata de una obligación; en cuanto á la hipoteca que el deudor había cedido era perfectamente válida, aunque no inscripta, puesto que la inscripción no está requerida para la validez de la hipoteca. Al inscribirla el cesionario adquiriría el primer lugar; también debía obtenerlo por la inscripción que el cedente había hecho; el deudor solo no podía prevalecerse de ella contra su acreedor, y el cesionario no es el representante del cedente. (1)

FIN DEL TOMO TRIGÉSIMO.

1 Denegada, 24 de Julio de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 396]. Compárese la crítica de Martou, t. III, p. 129, núm. 1030.

## INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

### TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS

(CONTINÚA).

### CAPITULO II.

DE LOS PRIVILEGIOS.

(CONTINÚA).

#### SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.

- 1 Hay condiciones requeridas para la existencia de los privilegios inmobiliarios. Y las hay que la ley prescribe para su conservación..... 3

Artículo 1. De los privilegios sobre inmuebles y condiciones requeridas para su existencia.

#### § I. Privilegio del vendedor.

- 2 Cuáles son los derechos del vendedor cuando el comprador no paga el precio? Tiene derecho el vendedor á la reivindicación?..... 4

Núm. 1. Primera condición requerida para el privilegio del vendedor.

- 3 Es necesario que haya venta. El adquirente con pacto de