

desvanece la inscripción, mientras que las cortes de Agén y la de Casación decidieron lo contrario. También fué juzgado por la última sentencia que el desembargo puede ser revocado, y la primera sentencia hablaba de una *pretendida* revocación; lo que explica la Corte de Agén en el sentido de que el desembargo da un derecho inmediato al deudor y á sus acreedores, de donde se sigue que la revocación es imposible. Es verdad que las especies juzgadas en 1831 y 1852 difieren, pero si la aplicación del principio está modificada por los hechos hay, sin embargo, principios independientes de las circunstancias de la causa, y cuando se comparan las dos sentencias pronunciadas por la Corte de Casación no se sabe cuáles son los principios en que se fundan.

§ III.—RESTABLECIMIENTO DE LA INSCRIPCIÓN CANCELADA.

230. Hemos dicho que la cancelación puede ser anulada por error de derecho cuando la Corte de Casación anula la decisión que había ordenado cancelar la inscripción. La cancelación puede ser también anulada por error de hecho. Hé aquí el caso que se ha presentado. El acreedor hipotecario consentía en la cancelación por la persuasión errónea en que estaba de que el precio de los bienes por distribuir había sido más que absorbido por los demás acreedores colocados anteriormente á él. Podía hacer anular la cancelación por causa de error; acerca de este punto no hay duda. Aunque el acta de cancelación es la manifestación de una voluntad unilateral hay, sin embargo, consentimiento, y todo consentimiento está viciado por el error; por consiguiente, el desembargo era nulo. (1) Sucedería lo mismo si el consentimiento se hubiera dado por dolo ó por fraude; el dolo vicia el desembargo y lo hace nulo. (2)

1 Rennes, 10 de Marzo de 1821 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2723. 2.º)

2 Denegada, 21 Frimario, año XIII (Daloz, *ibid.*, núm. 2723, 1.º)

También puede haber error por parte del conservador de las hipotecas. Cualquiera que sea la causa de este error negligencia ó sorpresa, la cancelación será nula, porque el error vicia todas las actas jurídicas. Más adelante daremos ejemplos.

231. ¿Cuál es el efecto de la anulación de la cancelación? La inscripción cancelada por error debe restablecerse; esto es seguro. ¿Pero volverá á tener su mismo lugar? Ya hemos encontrado esta cuestión al tratar del recurso de casación (núms. 197 y 198). En nuestra opinión la inscripción debe volver á tomar su lugar primitivo aunque hubiera terceros acreedores inscriptos después de la cancelación y antes del restablecimiento de la inscripción cancelada. Los motivos que hemos dado en apoyo de esta opinión se aplican también al caso en que ha consentido el acreedor por error la cancelación y al caso en que el conservador la ha operado por error. Esto es el respeto del derecho adquirido por el acreedor cuya inscripción ha sido cancelada. Había inscripto: desde luego había conservado su derecho hipotecario; debe gozar del beneficio de su derecho por tanto tiempo como la inscripción no haya sido válidamente cancelada. Y la cancelación hecha era nula y el acta de desembargo ó la cancelación anuladas se consideran como no haber existido nunca; luego el derecho del acreedor debe ser mantenido. ¿Pero se le debe mantener en perjuicio de los terceros que han hecho inscripción después de la cancelación y antes de que hubiera restablecido la inscripción? Aquí está la dificultad, y es muy seria porque hay conflicto entre el derecho del acreedor cuya inscripción se ha restablecido después de cancelada y el derecho de los acreedores inscriptos posteriormente á la cancelación. ¿Quién debe prevalecer en este conflicto? En nuestro concepto el derecho adquirido por el primer acreedor; su derecho debe man-

P. de D. TOMO XXXI—29

tenerse porque ha hecho lo que la ley le ordenaba para conservarlo; y la ley debe apoyar todos los actos legales. El primer acreedor tenía un derecho adquirido en el momento en que los terceros inscribieron y el respeto al derecho adquirido es la base del orden civil.

232. Esta opinión quedó casi aislada. Nos falta exponer la doctrina generalmente seguida agregando los motivos de duda que haya. Los autores se colocan exclusivamente bajo el punto de vista del interés de los terceros, y en este terreno la solución debe ser en su favor. Cuando se ha operado la cancelación, se dice, la adquieren definitivamente los terceros que tratan con el propietario cuyo inmueble está liberado. Esta es una afirmación que sólo tiene para sí el interés de la publicidad. ¿Pero qué se hace con el derecho adquirido del acreedor? Si se ha indebidamente cancelado su inscripción, se dice, debe hacer una nueva, la que tendrá rango ó lugar desde el día en que se hizo. (1) Esto es, en nuestro concepto, desconocer el derecho del acreedor. Una inscripción restablecida no es una primera inscripción; es, pues, contraria á los principios assimilarlas. En vano se diría que habiendo sido cancelada la primera inscripción no podría producir ningún efecto; que, por consecuencia, la inscripción restablecida es realmente una primera inscripción. Habiendo sido anulada la cancelación se considera no haber sido hecha; luego en derecho ha subsistido siempre la primera inscripción. Existía en el momento en que se inscribieran los terceros acreedores; sin duda se engañaron por la cancelación, pero no por la culpa y hecho del acreedor; deben, pues, sufrir la consecuencia del vicio de publicidad. Hay un vacío en la ley; pudo pronunciarse en favor de los terceros contra el acreedor, pero no lo hizo; luego debe prevalecer el derecho del acreedor.

1 Martou, t. III, p. 280, núm. 1224. Aubry y Rau, t. III, p. 396, nota 41, pfo. 281.

233. En una especie en que la cancelación de la inscripción se había consentido por error la Corte de Casación juzgó que dicha cancelación había creado derechos adquiridos por los terceros. Dice que se decidió así de hecho por la sentencia atacada, como si un derecho adquirido fuera una cuestión de hecho; la palabra misma *derecho adquirido* prueba que se trata de derecho, y es el derecho adquirido por la inscripción y mantenido por la anulación de la cancelación el que hemos invocado. A este primer motivo, que es seguramente erróneo, la Corte agrega un segundo que, en nuestro concepto, es un nuevo error. De que hubiera derecho adquirido de los terceros la Corte concluyó que no pronunciando la nulidad de la cancelación por causa de error la sentencia atacada había hecho una justa aplicación de los arts. 1109 y 1110. (1) ¿Qué significa esto? Si una convención, tal como una venta, está viciada por el error y si el comprador ha concedido derechos á los terceros ¿no podría ser anulada la venta porque hay derechos adquiridos? Es, el contrario, de principio que el acta nula no puede producir ningún efecto y, por consiguiente, que la anulación del acta arrastra la nulidad de lo hecho en virtud de esta acta. Esto no se ha contestado en materia de contrato y debe pasar lo mismo con las actas unilaterales, tales como la cancelación.

234. Ha sucedido que las inscripciones hipotecarias han sido canceladas en virtud de actas de desembargo que más tarde, á promoción del acreedor, víctima del fraude, se reconocieron falsas. El jurado ordenó el restablecimiento de las inscripciones de los registros del conservador. Pero después de la cancelación y antes del restablecimiento los nuevos acreedores habían hecho inscripciones. Estas inscrip-

1 Denegada, 18 de Julio de 1833 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 2722, 3.º) Compárese Denegada, Sala Civil, 13 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 196).

ciones fueron colocadas antes que la que había sido restablecida después de cancelada. Recurso de casación. La Corte pronunció una sentencia de denegada motivada con más cuidado que la que acabamos de analizar. Sentó en principio que la hipoteca no tiene rango y prosecución más que por la inscripción hecha en los registros del conservador. La cancelación desvanece la inscripción, sin que haya que distinguir si la cancelación es legal ó no. Aquí detenemos á la Corte; ¿cómo ella, la guarda del derecho, puede colocar en la misma línea una cancelación ilegal y una legal? Si la cancelación es ilegal no existe más que en apariencia, no puede tener efecto, la ley no puede dar apoyo á una acta que reprueba. La ley debe, al contrario, mantener el derecho del acreedor víctima de un fraude: declarar que la cancelación borra su derecho cuando la cancelación es el efecto de un crimen es destruir el derecho del acreedor, mientras que la ley debería defenderlo contra el fraude y la falsedad.

La cuestión es saber, dice la Corte, en qué persona debe recaer la *responsabilidad* de una cancelación operada á consecuencia de un error ó de un crimen. La palabra *responsabilidad* es un equívoco: nunca hay duda respecto á quien es el responsable, siempre es el autor del hecho que ha causado el daño. La Corte entiende hablar del *perjuicio* que resulta del hecho punible: ¿quién debe suplirlo, el acreedor cuya inscripción se ha cancelado por consecuencia de un crimen ó los terceros acreedores inscriptos después de la cancelación. La Corte dice que es el acreedor en cuyo perjuicio se ha hecho la cancelación. «A él pertenece el derecho de pedir la reparación ó contra el autor y cómplices del delito ó contra el conservador que hubiera cometido el error descuidando sus deberes.» La Corte olvida que hay otra reparación más directa. Cuando está anulada una acta no produce ya ningún efecto, luego la cancelación anulada no puede perju-

dicar al acreedor; se consideraría como inexistente; el acreedor estará restablecido en sus derechos, de los que un crimen no pudo despojarlo: esto es á la vez más moral y más jurídico. Hay una objeción: el interés de los terceros que tratan con el propietario cuando se cancela la inscripción; estarán lesionados si la inscripción vuelve á tomar su lugar primitivo. Esto es muy cierto, pero el conflicto entre los terceros y el acreedor ¿puede y debe hacerse en su favor? El legislador pudo haberlo hecho, el intérprete no; debe, ante todo, respetar el derecho adquirido por el acreedor. En vano la Corte invoca el art. 2198 (Ley Hipotecaria, artículo 129) que declara libertado en manos del nuevo posesor el inmueble con relación del que el conservador hubiera omitido en sus certificados uno ó varios cargos inscriptos. (1) No hay analogía entre esta especie y la nuestra. Cuando el conservador omite una inscripción en su certificado el adquirente está en la imposibilidad de llenar, con respecto al acreedor omitido, las formalidades de la purga; ¿se le debe hacer responsable de esta imposibilidad? Esto habría sido contrario á todo principio; además, el interés público exigía que se mantuviese su adquisición contra el acreedor omitido, con el fin de asegurar la estabilidad de las propiedades; el acreedor omitido tiene además un recurso contra el conservador si le es imputable la omisión. Estos motivos justifican la decisión de la ley; aun se habría necesitado que el legislador zanjara la dificultad porque en los conflictos del acreedor y del tercero adquirente se decidió pronunciar uno en favor de este último; conforme al rigor de los principios el derecho adquirido del acreedor habría debido prevalecer al derecho del adquirente.

235. En la doctrina consagrada por la jurisprudencia la inscripción restablecida es una nueva inscripción que no tiene rango sino á partir de su fecha. Debería, pues, ser pre-

1 Denegada, 9 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 1, 298).

valecida por todas las inscripciones anteriores, aun por las que ya existían cuando la cancelación. Sin embargo, se admite que los acreedores cuya inscripción era posterior á la que había sido cancelada serían prevalecidos por la inscripción restablecida, como lo estaban por la inscripción cancelada. (1) Esto es muy equitativo, pero difícilmente se concilia con los principios que ha establecido la jurisprudencia. Si la inscripción cancelada queda desvanecida cualquier tercero interesado debería tener el derecho de prevalecerse de la cancelación, tanto los antiguos acreedores como los nuevos; en efecto, la cancelación les hace tomar lugar; para ellos es un derecho adquirido en la doctrina y en la jurisprudencia; este derecho adquirido debería ser respetado. Si se da á la inscripción restablecida su antiguo rango con relación á los acreedores inscriptos cuando la cancelación se debería también darle su lugar primitivo con relación á los nuevos acreedores. Aquéllos no pueden invocar más que el interés de la publicidad, pero ese interés debe ceder ante el derecho adquirido.

1 Martou, t. III, p. 281, núm. 1224. Aubry y Rau, t. III, p. 396, nota 42, pfo. 281.

## CAPITULO VII.

### DEL EFECTO DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS CONTRA LOS TERCEROS DETENTORES.

#### § I—NOCIONES GENERALES.

236. ¿Qué se entiende por *tercero detentor*? El tercero que posee el inmueble hipotecado. Se le llama *tercero detentor* para distinguirlo del deudor que ha hipotecado el inmueble y que también es un detentor. El deudor y el tercero están en una situación del todo diferente. El deudor está personalmente obligado á la deuda, la hipoteca no es más que un accesorio de la obligación principal, mientras que el *tercero* es extraño á la deuda. El tercero detentor es, pues, aquel que es tercero en cuanto á la deuda; es decir, que no está obligado, no tiene ningún compromiso con los acreedores; únicamente detiene el inmueble gravado con un cargo en favor de los acreedores hipotecarios. Esto caracteriza la situación del tercero detentor; no está obligado personalmente; si puede ser perseguido es sólo como detentor del inmueble hipotecado; es el inmueble el perseguido, no la persona.

La aplicación del principio da lugar á muchas dificultades; las examinaremos al tratar del abandono, porque es sobre todo en esa materia en la que se presentan.