

los acreedores que «teniendo un privilegio ó una hipoteca *inscripta* en un inmueble;» parecía decir con esto que la ley sólo exigía la inscripción para las hipotecas y no para los privilegios. (1) Esto es una falsa interpretación. En efecto, ¿de qué hubiera servido á los acreedores privilegiados el derecho de prosecución sin inscripción, puesto que sin inscripción no tienen derecho de preferencia? Y es el derecho de preferencia lo que constituye la esencia del privilegio, así como de la hipoteca; el derecho de prosecución no es más que un medio para realizar el derecho de preferencia; no puede, pues, pertenecer más que á los que conservaron su derecho de preferencia tomando inscripción. Nuestra ley corta toda duda diciendo que el derecho de prosecución pertenece á los acreedores con privilegio ó hipoteca *inscriptos* en un inmueble. No basta que el acreedor haya tomado inscripción, es necesario también que la haya conservado; si la deja caducar se considera como no haber sido tomada; por consiguiente, pierde todos los derechos que están ligados á ella, especialmente el de prosecución. (2) Su hipoteca puede hasta perder toda su eficacia si el tercero detentor transcribió, pues en este caso la inscripción no puede ya tener lugar. Transladamos á lo que hemos dicho acerca de la transcripción en los números 121 y 126.

241. La aplicación del principio al privilegio del arquitecto sufre alguna dificultad. Este privilegio se conserva con una doble inscripción: la de la primera acta y la de la segunda, hecha en los quince días de la entrega de los trabajos (art. 38). Se supone que el propietario vende el fundo en el que se ejecutan los trabajos antes de que éstos estén concluidos. Según el art. 112 la inscripción no puede ya to-

1 Pont, t. II, p. 475, núm. 1121.

2 Sentencia del Tribunal de Amberes de 4 de Febrero de 1875 (Pasicrisia, 1876, 3, 29).

marse después de la transcripción del acta de enajenación. Si se aplica este principio al arquitecto la conservación de su privilegio será imposible, pues no puede transcribir antes de la enajenación una acta que la ley sólo le permite levantar después de concluidos los trabajos. ¿Cómo conciliar el derecho del arquitecto con el principio del art. 112? Hay una hipótesis en la que no hay ninguna duda. Si el adquirente continúa los trabajos ejecuta el trato hecho con el empresario, como si lo hubiera contratado; se permanece, pues, bajo el imperio del derecho común. El crédito del arquitecto y su privilegio nacen después de la venta; por tanto, el art. 112 es inaplicable; el acreedor privilegiado inscribirá la segunda acta en los quince días después de la entrega de la obra. Pero puede suceder que la obra no se acabe y que el comprador no quiera continuarla, ó bien esté acabada, pero no entregada. El arquitecto tiene, no obstante, un crédito por los trabajos ya ejecutados; ¿tendrá un privilegio por este punto? Se admite generalmente que podrá levantar acta después de la venta é inscribirla. (1) Esto nos parece muy dudoso. El principio del art. 112 es absoluto, la ley no admite ninguna excepción: ¿pertenece al intérprete derogarlo? Esto sería hacer la ley. Se dice que no puede depender del propietario el poner al empresario en la imposibilidad de conservar su privilegio enajenando el inmueble. El argumento se dirige al legislador, el intérprete está ligado por una regla absoluta, á la que no puede substraerse.

242. Hay un privilegio que está dispensado de la inscripción: es el de los gastos judiciales. ¿Resulta de esto que el acreedor podrá ejercer el derecho de prosecución en el inmueble gravado de su privilegio sin haberlo inscripto? La respuesta se encuentra en los textos de la ley. Si dispensa los gastos de justicia de la formalidad de la inscripción

1 Martou, t. III, p. 300, núm. 1245. Pont, t. II, p. 475, núm. 1123.

ción es únicamente entre los acreedores (art. 94; Código Civil, art. 2106); mientras que el art. 96 (Código Civil, artículo 2166) no da el derecho de prosecución á los acreedores privilegiados sino á condición de que el privilegio esté inscripto, y no reproduce para el derecho de prosecución la excepción que el art. 29 hace para el derecho de preferencia. Esto es decisivo. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Se concibe que la ley dispense de la publicidad los gastos judiciales cuando se trata de las relaciones de los acreedores entre sí; es inútil llevar á su conocimiento un privilegio que conocen, puesto que han hecho los gastos y los aprovechar. Tal no es la situación de los terceros adquirentes; tienen que estar al abrigo de todo cargo hipotecario no publicado, si no no hay seguridad en las transacciones y el objeto de la publicidad no se alcanza; luego un privilegio no inscripto no existe para con ellos. En fin, la tradición está en este sentido. Bajo el imperio del Código Civil todos los privilegios generales en los inmuebles se extendían también á los inmuebles (art. 2104); estaban dispensados de la inscripción entre los acreedores, pero la ley no los dispensaba de la publicidad en cuanto al derecho de prosecución; se concluía de esto, y era la opinión de todos los autores, que los acreedores privilegiados no tenían el derecho de prosecución sino á condición de tomar inscripción. (1)

243. Se admite generalmente que los terceros pueden oponer la falta de inscripción aunque tuvieran conocimiento de los privilegios ó hipotecas que el acreedor hubiera descuidado de inscribir (tomo XXX, núm. 552). Hemos hecho reservas á este respecto al tratar del derecho de preferencia. La cuestión se presenta en iguales términos cuando se trata del derecho de prosecución. La ley, se dice, sólo conoce un modo de dar á conocer á los terceros los car-

1 Martou, t. III, p. 300, núm. 1245. Pont, t. II, p. 475, núm. 1122.

gos hipotecarios: es la inscripción; luego el acreedor cuyo derecho no esté inscripto no puede prevalecerse de que el detentor conocía la hipoteca ó el privilegio. A este argumento oponemos el texto del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria: Aquel que compra un inmueble no puede oponer la falta de transcripción si tiene conocimiento de una venta anterior, aunque no transcripta, y la hipoteca es una enajenación parcial y la inscripción es un modo de publicidad idéntico á la transcripción; si el propietario puede oponer su derecho á los terceros detentores ¿por qué el acreedor hipotecario no podría oponer el suyo, que es un desmembramiento de la propiedad, al tercero detentor que lo conocía? Es seguro que la situación es la misma; y donde hay mismo motivo para decidir ¿no debe haber igual decisión? (1)

La cuestión se presentó ante nuestras cortes y la jurisprudencia francesa no tiene autoridad en esta materia, puesto que no hay en la ley de 1855 sobre la transcripción ninguna disposición análoga á la del art. 1.º de la ley belga. En una especie anterior á la nueva ley la Corte de Casación juzgó que la falta de inscripción no se podía oponer al acreedor hipotecario porque la venta se había hecho en fraude de sus derechos para substraer el inmueble á las promociones del acreedor hipotecario. El tercero detentor objetó que el acreedor no había hecho la inscripción en la quincena de la transcripción; como lo quiere el art. 834 del Código de Procedimientos. La Corte contestó que el acreedor no podía estar abligado á hacer la inscripción en ese plazo, puesto que la venta era fraudulenta; es decir, que no existía respecto á él. (2) En este principio está fundada la sentencia que fué consagrada por el art. 1.º de nuestra Ley

1 En sentido contrario, Martou, t. III, p. 301, núm. 1246.

2 Denegada, 10 de Abril de 1855 [Daloz, 1855, 1, 109].

Hipotecaria; califica de *fraude* el hecho de oponer el tercero detentor la falta de transcripción cuando al comprar tenía conocimiento de la venta no transcrita. Por identidad de motivos el tercero detentor defrauda cuando se prevalece de la falta de inscripción de una hipoteca cuya existencia conocía al comprar. Hay, en efecto, mala fe por parte del tercero adquirente en oponer la falta de publicidad de un cargo hipotecario del cual tenía conocimiento; es decir, que no tenía un conocimiento legal, y la publicidad legal no tiene más objeto que advertir á los terceros de la existencia de los cargos hipotecarios; ¿puede un tercero de buena fe sostener que no conocía la hipoteca cuando sí la conocía?

La cuestión de buena fe ó de fraude todavía se presentó en otra especie que tiene alguna analogía con el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria. El vendedor había declarado la existencia de las hipotecas inscriptas en el inmueble. Encontrándose que la inscripción no contenía la mención de exigible el crédito, lo que bajo el imperio del Código Civil era una causa de nulidad de la inscripción. ¿De aquí la cuestión de saber si el tercer adquirente podía prevalecerse de este vicio de forma cuando conocía la existencia de la hipoteca por el acta misma de venta? La Corte de Casación se pronunció en favor del tercer adquirente. (1) Es cierto que puede oponer las irregularidades que vician la inscripción; ¿pero lo puede apesar del conocimiento personal que tiene de la hipoteca cuando está declarada por el acta misma de venta? Si se tiene en cuenta la buena fe como lo hace el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria se debe decir que hay mala fe por su parte, que es lo que la ley ya califica de fraude.

244. Hay un caso en el que el tercero detentor no puede oponer la falta de inscripción de la hipoteca: cuando ha re-

1 Denegada, Sala Civil, 27 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 168).

nunciado á prevalecerse de la omisión de esta formalidad. La inscripción está ordenada sólo en interés de los terceros; de lo que se sigue que pueden renunciar al derecho que tienen de oponerla. (1) Esta decisión apoya la opinión que acabamos de sostener. Si el tercero detentor puede declarar que no opondrá la falta de publicidad es porque tiene conocimiento de la hipoteca; y en razón de este conocimiento renuncia á prevalecerse de la falta de observancia de una formalidad cuyo único objeto es el de hacer conocer la existencia de la hipoteca. Ahora bien, el legislador belga ha pensado que aun cuando los terceros no renunciaran terminantemente á oponer la omisión de la inscripción la buena fe exigiría que no se les permitiese hacerlo.

Si el tercero detentor se encarga del pago de las deudas hipotecarias no se puede tratar de oponer la falta de inscripción; en efecto, deja, en este caso, de ser tercero detentor para convertirse en deudor personal, y el deudor personal nunca puede oponer la falta de inscripción. (2) ¿Por qué no lo puede? Porque tiene necesariamente conocimiento de la deuda que se obliga á pagar. ¿No se puede decir otro tanto del tercero detentor que sin obligarse á pagar la deuda conocía la existencia de la hipoteca en el momento en que compra? ¿La buena fe no le imponía la obligación de pagar la deuda, al menos como detentor del inmueble que sabía estaba hipotecado por la deuda del acreedor, aunque éste no hubiera inscripto?

245. La ley exige aún una condición para la existencia del derecho de prosecución: es que la deuda del acreedor hipotecario sea exigible. En los términos del art. 99 (Código Civil, art. 2169) el acreedor puede hacer vender el inmueble hipotecado treinta días después del mandamiento hecho al deudor personal y notificación hecha al tercero detentor

1 Martou, t. III, p. 301, núm. 1246.

2 Véase la sentencia citada núm. 217, nota 2.

de pagar la deuda exigible ó de abandonar. La acción hipotecaria es una garantía para obtener el pago forzado de la deuda, y el pago no puede pedirse más que cuando la deuda es exigible. Esto es elemental cuando el acreedor persigue el pago contra el deudor personal, y la acción hipotecaria no puede formarse contra el tercero detentor sino después de mandamiento hecho al deudor original, y el mandamiento supone que el deudor está obligado á pagar; es decir, que la deuda es exigible. La ley también quiere que el tercero detentor esté notificado de pago, y no puede estarlo en tanto que la deuda no es exigible. En efecto, conforme al art. 97 (Código Civil, art. 2167) el tercero detentor, obligado como tal con todas las deudas hipotecarias, goza de los términos y plazos concedidos al deudor originario. De aquí se sigue que el acreedor no puede promover hipotecariamente contra el tercero detentor en tanto que no pueda exigir el pago de la deuda contra el deudor personal.

La aplicación del principio levanta dificultades. Si el deudor personal ha obtenido un plazo de gracia ¿el tercero detentor podrá prevalecerse contra el acreedor? La afirmativa está generalmente admitida, salvo el disentimiento de Durantón, seguido de Taulier; creemos que está fundada en el texto y en el espíritu de la ley. En efecto, el deudor personal á quien el juez ha concedido un plazo de gracia no puede ser perseguido; luego el acreedor no puede hacerle mandamiento; lo que, conforme al art. 99 (Código Civil, artículo 2169), impide al acreedor ejercer su acción hipotecaria contra el tercero detentor. El art. 97 apoya esta interpretación; da al tercero detentor los términos y plazos de que goza el deudor personal; la palabra *término* indica una convención, la palabra *plazo* es de la que se sirve el art. 1244, que permite al juez conceder *plazos moderados* al deudor; luego el tercero detentor debe gozar de los mismos plazos.

Esto está fundado en la razón. En tanto que el plazo de gracia no haya vencido se puede esperar que el deudor pagará; luego en tanto que no pueda ser perseguido sería contrario á los principios perseguir al tercero detentor, no estando éste obligado sino cuando el deudor personal, después de mandamiento, no pague. Se objeta que es por consideración de la posición del deudor por lo que el juez le ha concedido un plazo, por humanidad, contra el rigor del derecho. ¿Y qué importa? Cualquiera que sea el motivo por el que el deudor personal no pueda ser perseguido no puede haber prosecución contra el tercero detentor. (1)

En contra hay casos en los que el deudor personal está decaído del beneficio del término convencional: es cuando ha quebrado ó que, por su hecho, ha disminuido las seguridades que había dado al acreedor. El acreedor puede perseguir al deudor y, por consecuencia, hacerle mandamiento cuando ha decaído del beneficio del término. Se pregunta si también puede notificar al tercero detentor. Conforme al art. 99 (Código Civil, art. 2169) la afirmativa no es dudosa, porque la deuda se hace exigible desde que el deudor pierde el beneficio del término. Se objeta el art. 97 (Código Civil, art. 2167) que da al detentor los términos y plazos concedidos al deudor originario; ahora bien, en la especie el deudor gozaba de un término; el tercero detentor debe también gozar de él; si el deudor está decaído en el caso previsto por el art. 1188 es por causas que le son personales y que, por consecuencia, no se pueden oponer al tercero detentor. Se puede contestar que en caso de quiebra toda espezanza de que el deudor pague está perdida; luego el acreedor debe tener el derecho de promover hipotecariamente contra el tercero detentor; y si tiene este derecho en uno de los casos previstos por el art. 1188 es di-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 436, nota 1, pfo. 287 y, en sentidos diversos, los autores que citan.

ficil negárselo en el otro. El espíritu de la ley está en favor de esta interpretación; desde que el acreedor puede dar mandamiento de pago el deudor debe tener el derecho de *notificar* de pago ó de abandono al tercero detentor, porque éste está obligado á pagar hipotecariamente, como el deudor lo está personalmente. ¿Es cierto que se opone el texto? Nó; el art. 97 (Código Civil, art. 2167) dice bien que el tercero detentor goza de los términos y plazos concedidos al deudor personal, no dice que goza de ellos apesar del decaimiento del deudor; cuando éste ha decaído no hay plazo; luego el tercero detentor no puede invocarlo. Esta es la opinión general. (1)

246. El acreedor tiene el derecho de prosecución, cualquiera que sea el título en virtud del cual el tercero detentor posee el bien hipotecado. Esto es lo que dice el artículo 96 (Código Civil, art. 2166), que define el derecho de prosecución: el acreedor persigue el inmueble por *cualquiera* ^{cu} *a mano que pase*. Poco importa, pues, á qué título el ^{ter} *tercero* detentor haya adquirido la propiedad de la cosa, que ya sea á título oneroso ó gratuito, entre vivos ó á causa de muerte, con tal que no esté sometido su título al pago de las deudas como deudor personal; en este caso ya no es tercero detentor. De esta manera el comprador, el cambista, el donatario y el legatario á título particular son terceros detentores contra los que el acreedor puede promover hipotecariamente y que, por su parte, gozan de los derechos y de las excepciones que la ley concede á los terceros detentores. Más adelante diremos cuáles son los poseedores que están obligados personalmente y contra los que, por consecuencia, el acreedor debe promover por vía de acción personal.

247. ¿Tiene también el acreedor el derecho de prosecu-

1 Salvo el disentiendo de Durantón y de Toullier. Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 436, nota 1, pfo. 287. Compárese el t. XVII de estos Principios, núm. 215.

ción cuando el deudor desmembra la propiedad del inmueble? En principio sí con tal que el desmembramiento dé á los terceros la detención de la cosa y que el derecho en virtud del cual la detengan sea susceptible de expropiación forzada. Es necesario que el tercero detenga la cosa, puesto que el derecho de prosecución se ejerce contra el tercero *detentor*; á este título si no posee el inmueble es imposible que ejerza una acción contra el inmueble en la persona del poseedor. Se necesita además que el derecho en virtud del cual posee sea susceptible de ser embargado y vendido, porque este es el derecho de prosecución, como lo dice el primer artículo de nuestro capítulo; el acreedor persigue el inmueble á efecto de hacerlo vender y de colocarse y pagarse según el orden de su inscripción.

Por aplicación de este principio se debe decidir que si el deudor grava el inmueble hipotecado con un derecho ^{de} usufructo, de enfiteusis ó de superficie, el usufructuario ^{con} el enfiteuta y el superficiario están sometidos al derecho de prosecución. Poseen la cosa hipotecada, y la poseen ^{acción} en virtud de un derecho real inmobiliario; son, pues, terceros detentores; por otra parte, el derecho en virtud del cual detienen el inmueble puede ser embargado y vendido; están pues, bajo el imperio del derecho común. Se hace una objeción en favor del acreedor. Si tiene el derecho de prosecución contra el usufructuario, el enfiteuta y el superficiario deberá, para el ejercicio de su derecho, intentar dos acciones: una contra el deudor nudo propietario, acción personal que por falta de pago se traducirá en un embargo inmobiliario, y acción contra el tercero detentor en virtud de su derecho hipotecario; ¿no es esto amenazar su derecho? Es cierto que el deudor no puede, por ningún acto, disminuir ó alterar el derecho del acreedor hipotecario; de aquí se sigue que si el desmembramiento de la propiedad que conserva causa un perjuicio al acreedor éste no lo tendrá en

cuenta y persiguirá la expropiación como si no hubiera usufructo, enfiteusis ni superficie. Esta es la aplicación de los principios que la ley hipotecaria consagra en su artículo 45; nos trasladamos á lo dicho más atrás sobre la restricción del derecho de propiedad que resulta de la concesión de la hipoteca. (1)

248. Estos principios no reciben aplicación á los derechos de uso y de habitación, porque esos derechos no pueden ser vendidos ni, por consecuencia, embargados y expropiados. ¿Cómo ejercerá en este caso el acreedor su derecho hipotecario? Se sigue siempre el principio que prohíbe al deudor comprometer en cualquier sentido el derecho del acreedor hipotecario; éste ejercerá, pues, su derecho sin tener en cuenta las concesiones hechas por el deudor; opondrá la acción contra el detentor de la cosa, pero la expropiación se hará no en el detentor, que no puede ser expropiado, sino en el propietario.

¿Podría suceder lo mismo si el deudor hubiera gravado el inmueble con una servidumbre. Esto es un desmembramiento de la propiedad, pero que no es susceptible del derecho de prosecución. Desde luego el propietario del fundo dominante no posee el fundo sirviente; no es, pues, tercero detentor y, por consiguiente, no se le puede perseguir hipotecariamente. ¿Se concibe que ceda un fundo que detiene y que se nombre un curador para el fundo sirviente que no ha dejado de ser ocupado por el propietario? La servidumbre no puede ya embargarse ni venderse separadamente del fundo en provecho del que está establecida, porque la expropiación forzada supone un concurso de postores y la servidumbre de ordinario no puede aprovechar más que al fundo dominante y no puede gravar más que al fundo sirviente; ¿qué haría de la servidumbre un adjudicatario que no fuera dueño de ninguno de los dos fondos? Los motivos

1 Martou, t. III, p. 302, núm. 1247.

por los que una servidumbre no puede hipotecarse se oponen también á que se ejerza el derecho de prosecución contra el propietario del fundo sirviente; nos trasladamos á lo dicho acerca de los bienes susceptibles de hipoteca. (1) Se debe decir de las servidumbres lo que acabamos de decir de los derechos de uso y habitación; el deudor no tiene el derecho de estorbar la acción hipotecaria del acreedor desmembrando la cosa hipotecada por cesiones de derechos reales que no dan al acreedor el derecho de prosecución; la concesión de una servidumbre no se puede oponer al acreedor y, por tanto, éste ejercerá su acción hipotecaria sin tener en cuenta la servidumbre. (2)

La cuestión fué, sin embargo, controvertida. Como la opinión que sostenemos está fundada en principios ciertos consagrados por la ley (art. 45; Código Civil, art. 203) creemos inútil debatirla. (3)

249. ¿Los arrendamientos consentidos por el deudor pueden ser opuestos al acreedor hipotecario que persigue la expropiación del inmueble? Hemos contestado á la cuestión al explicar al art. 45. Nunca se puede tratar de ejercer el derecho de prosecución contra el arrendatario; no tiene ningún derecho real en la cosa; no es, pues, tercero detentor en el sentido legal de la palabra (núm. 247); queda por saber si los arrendamientos son válidamente consentidos. Nuestra Ley Hipotecaria decide la cuestión en lo relativo á la duración de los arrendamientos; el silencio de la ley, en cuanto á los pagos anticipados, da lugar á las dificultades que examinamos al explicar el art. 45.

1 Montpellier, 17 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1847, 2, 57).

2 Colonia, 29 de Mayo de 1845 (Bélgica judicial, t. IV, p. 595).

3 Véanse, en sentidos diversos, los autores citados por Pont, t. II, p. 470, núm. 1116.