

no podría alcanzar á los acreedores cuyo privilegio se conserva por la transcripción.

20. El art. 82 hace una reserva para las disposiciones del art. 112. Al tratar de la transcripción dijimos que una consecuencia del principio de publicidad organizado por la nueva ley es que ninguna transcripción de los antiguos propietarios puede hacerse después de que el acta de adquisición haya sido transcripta. Si, pues, los herederos enajenaban el inmueble el acreedor no podría ya requerir la inscripción aun en los tres meses; esta consecuencia agrava más la disposición del art. 82, puesto que los herederos pueden enajenar desde que la herencia se abre y colocar con esto al acreedor en la imposibilidad de inscribir. Es verdad que, en general, hay negligencia que reprocharle: debería haber hecho la inscripción durante la vida de su deudor; éste también puede enajenar; la prudencia manda que el acreedor llene inmediatamente la formalidad de la inscripción.

También dijimos, al tratar de la transcripción, que la nueva ley abroga tácitamente el art. 834 del Código de Procedimientos. Interesa recordar los diversos cambios que ha sufrido la legislación en esta materia. La ley de 11 Brumario, año VII, consagraba el principio de publicidad con la consecuencia que le resultaba; á saber: que los terceros adquirentes se hacen propietarios del inmueble, libre de todo cargo no hecho público, cuando la transcripción que hagan del acta de venta. En el sistema de publicidad toda inscripción es imposible después de la transcripción, mientras que considerándose siempre como propietario el vendedor antes de ella nada impide á los acreedores hipotecarios hacer la inscripción en sus bienes.

El Código Civil abolió la transcripción; sólo estaba requerida como preliminar de la purga (art. 2183). ¿Qué resultaba en cuanto al derecho de los acreedores hipote-

carios? ¿Podían inscribir aun después de la venta? Nó, porque la renta reemplazaba á la transcripción y, por consiguiente, el comprador era propietario con respecto á los terceros bajo la hipoteca de las reservas inscriptas cuando el contrato; no podían hacerse nuevas inscripciones por el vendedor, puesto había dejado de ser propietario. La cuestión fué decidida en este sentido por un aviso del Consejo de Estado. (1)

El Código de Procedimientos hace una derogación al Código Civil; permite á los acreedores hipotecarios y privilegiados que no habían inscripto sus títulos anteriormente á la enajenación del inmueble hipotecado requerir inscripción posteriormente á la venta, y aun en la quincena siguiente á la transcripción. No estando requerida la transcripción más que para la purga la regla era que los acreedores conservarían el derecho de inscribir sus hipotecas aun después de la enajenación del inmueble, en tanto que el adquirente no llenara las formalidades de la purga. Esta derogación al Código Civil fué adoptada en interés de los acreedores hipotecarios; en contra era peligrosa para los adquirentes que no purgaban. (2)

El vicio de esta legislación, que tanto favorecía á los adquirentes como á los acreedores hipotecarios, procedía de la falta de publicidad. Ya hemos dicho que los autores de la ley belga han consagrado la publicidad mayor en interés de los terceros. No han sacrificado los intereses de los acreedores hipotecarios como se ha dicho; los acreedores saben que sin inscripción su hipoteca queda ineficaz; saben que en caso de enajenación no se admite la inscripción después de la transcripción; deben, pues, apresurarse á llenar la formalidad que conservaría sus derechos. (3)

1 Merlin, Repertorio, Inscripción hipotecaria, pfo. 8 bis, núm 2 (t. XV, p. 113).

2 Aubry y Rau, t. III, ps. 325 á 328, pfo. 272.

3 Sobre la ley francesa de 23 de Marzo de 1855 véase Aubry y Rau, t. III, ps. 328 y 329, pfo. 272.



21. Lo que hemos dicho de la enajenación del inmueble hipotecado concierne á las actas entre vivos, las únicas sometidas á la publicidad. Los testamentos no deben ser transcriptos; la propiedad se transfiere á los legatarios por efecto de la ley desde el instante de la apertura de la herencia, como se transmitía, bajo el imperio del Código Napoleón, en virtud de los contratos. De aquí se sigue que el sistema del Código queda aplicable á las actas testamentarias. Si un inmueble legado está gravado con hipoteca el acreedor está admitido á hacer inscripción después de la apertura del legado, el legatario recoge el inmueble libre de toda hipoteca no inscrita; el acreedor no puede ejercer su derecho hipotecario contra él porque, á falta de inscripción, su hipoteca no existe con relación á los terceros, y el legatario á título particular es un tercero. (1)

22. El art. 82, § 3, dice: «El efecto de las inscripciones hechas antes de la apertura de las quiebras está arreglada por las leyes particulares á ella.» Hay una ley especial sobre la materia, de 18 de Abril de 1851; el art. 447 está concebido así: «Los derechos de hipoteca y de privilegio válidamente adquiridos podrán ser inscriptos hasta el día de la sentencia que declare la quiebra.» No pueden, pues, inscribirse después de la sentencia que declara la quiebra. ¿Cuál es la razón? En el sistema de la ley el quebrado está desposeído de la administración de sus bienes á contar desde la sentencia que declara la quiebra (art. 444); desde ese día la situación de todos los acreedores se fija como si la sentencia hubiera liquidado sus derechos; de aquí se sigue que uno de los acreedores no puede, haciendo inscribir su hipoteca, obtener una preferencia con respecto á los demás acreedores. Queda en la situación de los acreedores que descuidaron conservar sus derechos.

Hasta el día de la sentencia que declara la quiebra los

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 330, nota 16, pfo. 272.

acreedores están admitidos á inscribir sus privilegios ó hipotecas; la ley agrega una condición: que deben ser *válidamente adquiridos*. Y en virtud del art. 447 son nulas y sin efecto, relativamente á la masa, las hipotecas constituidas en bienes de su deudor, después de la suspensión de pagos ó en los diez días que preceden á esa época, si la hipoteca tiene por objeto garantizar las deudas anteriormente contraídas (t. XXX, núm. 496). Esas hipotecas no pueden, pues, ser inscriptas. La ley no permite más que inscribir las hipotecas en las que no hay ninguna sospecha de fraude.

El art. 447, § 2, agrega: «Sin embargo, las inscripciones hechas en los diez días precedentes á la época de la suspensión de pagos ó posteriormente podrán ser declaradas nulas si han transcurrido más de quince días entre la fecha del acta constituyente de la hipoteca ó del privilegio y la de la inscripción.» Esta anulación es facultativa y depende completamente del poder discrecional de los tribunales. El plazo de quince días que la ley fija revela su espíritu. Si transcurren quince días sin que el acreedor inscriba es que tienen plena confianza en la solvencia del deudor; cuando después inscribe en víspera de la quiebra es porque habrá sabido, quizá por el mismo deudor, que la quiebra iba á surgir; hay que evitar que por causas que pueden ser más ó menos fraudulentas uno de los acreedores pueda procurarse una preferencia para con los otros. Es verdad que su derecho de preferencia estaba adquirido, pero no estaba conservado, y la igualdad que debe reinar entre los acreedores estaría lastimada si en vista de una quiebra inminente de su deudor hubiera tomado una inscripción que no hubiera tomado sino hubiera tenido el conocimiento del mal estado de los negocios de su deudor, conocimiento que no tienen los demás deudores. Hay en esto un tinte de buena ó mala fe que la ley abandona á la conciencia del juez. (1)

1 Compárese Pont, t. II, p. 299 y siguientes (núms. 872 y siguientes).



23. La ley sobre quiebras, así como el art. 82, pone los privilegios en la misma línea que las hipotecas. De esto una dificultad relativa á los privilegios que se conservan por la transcripción. Los intérpretes las asimilan á las hipotecas, de modo que la transcripción hecha por los curadores al hacer al deudor representado por la masa propietario para con los terceros no conservará el privilegio del acreedor. La injusticia sería evidente. (1) La cuestión está en saber si no se puede interpretar la ley de modo á conciliar con los principios y con la equidad. Creemos que debe aplicarse á la quiebra lo que hemos dicho (núm. 19) de la muerte del deudor. Hay, sin embargo, una nueva duda. La ley quiere asegurar la igualdad entre los acreedores: ¿no es esto romperla, el dar efecto al privilegio del vendedor en virtud de una inscripción posterior á la apertura de la quiebra? Contestamos que la masa no está perjudicada, puesto que la transcripción si conserva los derechos del acreedor conserva también, y ante todo, los derechos del adquirente; si la masa quiere aprovecharla es justo que acepte igualmente el efecto que la transcripción produce en favor del acreedor. Hasta la transcripción el vendedor ha permanecido propietario para con los terceros; si deja de serlo por la transcripción es á la condición de conservar su privilegio; ¿puede separarse la transmisión de la condición que la ley le da como un efecto que es inseparable de ella?

24. La ley sobre quiebras supone que se trata de hipotecas convencionales ó judiciales. En la época en que fué promulgada el Código Civil estaba aún en vigor; por tanto, las hipotecas legales estaban dispensadas de inscripción. Según la nueva ley quedan sometidas á la publicidad y regidas por el derecho común. ¿Resulta de esto que las disposiciones de la ley de 18 de Abril de 1851 deban recibir su aplicación á las hipotecas legales? Esta es la opinión de los intérpre-

1 Martou, t. III, p. 142, núms. 1043 á 1045.

tes. (1) Hay un motivo de duda. La ley sobre quiebras tiene por objeto impedir el fraude que daba á uno de los acreedores una preferencia en perjuicio de los demás; esto supone una voluntad de mejorarse en el acreedor, y ordinariamente una colusión del deudor. Y esta suposición hace falta enteramente en las hipotecas legales; los acreedores son unos incapaces que no intervienen en las actas de especificación preliminar indispensable de la inscripción. En cuanto á los deudores la ley los obliga á tomar inscripción; hasta amenaza al tutor con destitución si no lo hace; el tutor es declarado responsable cuando no cuida de que la inscripción se tome. Luego no puede tratarse de fraude ni colusión. Desde luego ¿no debe decidirse que las hipotecas legales quedan fuera de la ley como quedaban cuando su publicación? Esta sería nuestra opinión.

25. ¿Debe aplicarse á la quiebra civil lo que la ley sobre quiebra mercantil dice de las inscripciones hipotecarias y de las hipotecas? La negativa es tan evidente que se tiene trabajo en comprender que la cuestión se presente, y sorprender que una corte la haya decidido afirmativamente y que uno de nuestros buenos autores enseñe la misma doctrina. El art. 82 decide implícitamente la cuestión diciendo que unas leyes *particulares* fijan el efecto de las inscripciones tomadas antes de la apertura de las quiebras. Se trata, pues, de una materia excepcional regida por leyes excepcionales; lo que es decisivo. La Corte de Bruselas, que sentenció lo contrario, se dejó extraviar por nuestro derecho antiguo; y Tarrible se equivocó quizá porque el Código Civil pone ordinariamente la quiebra civil en la misma línea que la mercantil. Es inútil insistir. (2)

1 Martou, t. III, p. 144, núm. 1045 bis.

2 Martou, t. III, p. 144, núms. 1046 y siguientes. Pont, t. II, p. 302, números 876 y siguientes. Aubry y Rau, t. III, p. 233, notas 26 á 28, pfo. 272, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1428. Compárese Tarrible, en Merlin, Repertorio, en la palabra Inscripción hipotecaria, pfo. 4, núm. 6.



Tarrible no habla de la quiebra civil en general; supone que el deudor insolvente ha cedido sus bienes á sus acreedores. Es un estado de quiebra civil comprobado por el mismo deudor y que no difiere de la quiebra en general más que en el mandato que el deudor da á sus acreedores de vender sus bienes amigablemente. ¿El deudor puede todavía hipotecar sus bienes después de la cesión que hizo de ellos? Transladamos á lo dicho más atrás. ¿Pueden los acreedores inscribir las hipotecas adquiridas antes de la cesión? Sí, y sin ninguna duda, puesto que ninguna ley ni ningún principio se oponen á ello.

§ V.—¿EN VIRTUD DE CUÁLES ACTAS PUEDE REQUERIRSE LA INSCRIPCIÓN?

26. La inscripción es la manifestación de la hipoteca ó del privilegio. Supone, pues, la existencia del derecho real cuya publicidad prescribe la ley. Según nuestra Ley Hipotecaria esta existencia está subordinada á una acta auténtica en que consta el privilegio ó la hipoteca. Los privilegios del vendedor ó del cambista, del donante, del copartícipe, se conservan por la transcripción del acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios que les dió nacimiento, y la ley no admite á transcripción más que las actas auténticas ó las actas que les están asimiladas. Sin embargo, estos privilegios pueden también conservarse por la inscripción y para esto la ley exige sólo una copia auténtica del acta que da nacimiento al privilegio (artículo 83; Código Civil, art. 2148). En rigor los privilegios podrían, pues, constar en actas privadas. (1) Es una anomalía que se explica sólo por esta consideración: que en el espíritu de la ley los privilegios que acabamos de recordar se conservan por la transcripción; trasladamos á lo dicho en el ca-

1 Compárese Aubry y Rau, t. III, ps. 323 y siguientes, nota 7, pfo. 271.

pítulo *De los Privilegios*. Para el privilegio del arquitecto la ley exige dos procesos verbales redactados por expertos; aunque nombrados de oficio por el presidente del tribunal los peritos no son funcionarios públicos y las actas que redactan no son auténticas. La ley vuelve al principio de la autenticidad exigiendo que los cesionarios de créditos privilegiados se conformen á las disposiciones del art. 5; y conforme á este artículo la cesión no puede ser opuesta á los terceros más que si resulta de una acta auténtica. Hubiera sido más lógico prescribir como regla absoluta la necesidad de una acta auténtica con la publicidad de las actas sometidas á la transcripción, y la ley no admite á la transcripción más que actas auténticas (art. 2).

27. En cuanto á las hipotecas la autenticidad está requerida como condición de su existencia cuando se trata de hipotecas convencionales. La ley se desvía de este principio en favor de las hipotecas testamentarias permitiendo al testador constituir las en un testamento cualquiera. Las hipotecas legales existen en virtud de la ley, pero, en general, deben especificarse antes de poder ser inscriptas. Esta especificación se hace, para la hipoteca de los menores é interditos, por una deliberación del consejo de familia, lo que no es una acta auténtica, aunque la deliberación esté actuada por el secretario del juzgado de paz. La hipoteca de la mujer casada está especificada por el contrato de matrimonio; es decir, por una acta auténtica ó por el presidente del tribunal, cuya orden tiene igualmente un carácter auténtico. Hay casos en que este mandamiento ni es necesario: es cuando la inscripción está requerida por un magistrado; en este caso no se necesita ninguna acta.

En definitiva, la ley exige una acta auténtica como regla, pero hace excepción á esta regla.

28. ¿La hipoteca ó el privilegio pueden ser inscriptos si



el acta requerida por la ley es nula? Debe aplicarse la distinción de las actas nulas y de las inexistentes. Los autores y las sentencias no siempre lo hacen; de esto una grande confusión en la doctrina (1) y en la jurisprudencia. Una acta nula ó nulificable produce todos los efectos que la ley le liga, mientras que el juez no pronunció la nulificación; luego puede ser hecha pública por vía de la transcripción ó de la inscripción. Si el acta fuera anulada la inscripción caería. En contra si el acta fuera confirmada la inscripción lo sería igualmente; por consiguiente, produciría su efecto á partir del día en que se hubiera tomado; se necesitaría, pues, una nueva inscripción en virtud del acta confirmativa.

La Corte de Casación lo sentenció así en una sentencia pronunciada después de deliberada en Sala de Consejo. Un menor había consentido hipoteca con promesa de ratificarla; es decir, de confirmarla después de su mayor edad; esto es lo que hizo inmediatamente que lo fué. La hipoteca había sido inscripta durante su menor edad, no hubo nueva inscripción. Otras inscripciones fueron tomadas en virtud de hipotecas consentidas después de la mayor edad. Los últimos acreedores sostuvieron que la inscripción tomada durante la menor edad era nula; que no adquiriría valor más que por una confirmación; lo que, según ellos, necesitaba una nueva inscripción. La Corte de Casación desechó sus pretensiones. Sentó en principio que la inscripción tomada en un menor no era por esto sólo nula de plano y de un modo absoluto; que sólo era nulificable, no por sí misma sino por tener que seguir la suerte del contrato de hipoteca en virtud del que fué tomada: la confirmación del acta confirmaba la inscripción. Desde luego era inútil renovarla, la confirmación la validaba desde su origen, pues es de la esencia de la confirmación retrotraer, á reserva de derecho de terceros; y en el caso los terceros no tenían aún ningún derecho

1 Compárese Martou, t. III, p. 164, núm. 1077.

cuando la confirmación, siendo sus hipotecas posteriores al acta confirmativa. (1)

Hay una sentencia reciente de la Corte de Casación que mantiene su primera jurisprudencia. (2) La Corte invoca el derecho común del art. 1120; ni siquiera prevee la objeción de que la hipoteca, siendo un contrato solemne, no está sometida al derecho común. Cita también el art. 1338; aquí el error de la Corte es evidente. El art. 1338 habla de la confirmación de las actas nulas ó nulificables; es decir, de la renuncia del acreedor en prevalecerse de una causa de nulidad. ¿Qué tiene de común la confirmación con la ratificación de aquel en cuyo nombre fué consentida ó estipulada la hipoteca? La Corte confunde, como el Código Civil, la ratificación propiamente dicha y la confirmación.

29. El Código da el nombre de *ratificación* á la confirmación de una acta nula. Y también se llama ratificación el consentimiento dado á un contrato en el que las partes no han sido representadas por un mandatario. De ahí una verdadera confusión y errores en la doctrina y en la jurisprudencia.

El marido consiente una hipoteca tan en su nombre como en el de su mujer, de la que responde; ésta ratifica; es decir, consiente la hipoteca. Se pregunta si la hipoteca puede ser inscripta antes de la ratificación. En la opinión que hemos enseñado (t. XXX, núm. 458) la hipoteca sólo existe en virtud de la ratificación; hasta entonces no hubo concurso de consentimientos. Y no puede haber inscripción sin que haya hipoteca. Si, pues, la hipoteca hubiere sido inscripta antes de la ratificación la inscripción sería más que nula, sería inexistente; por tanto, habría que tomar una nueva inscripción en virtud del acta de ratificación. La

1 Denegada, Sala Civil, 25 de Noviembre de 1856 [Daloz, 1856, 1, 385]. Aubry y Rau, t. III, p. 324, nota 8, pfo. 271.

2 Casación, 13 de Diciembre de 1875 [Daloz, 1876, 1, 97]. Compárese lo dicho en el t. XXX, núms. 450 y 451.