

de una hipoteca; el único derecho que les daba era pedir la separación de patrimonios; lo que les aseguraba su pago en los bienes de la sucesión, con preferencia á los acreedores del heredero. Tal es el sentido de los artículos del Código que se citan como estableciendo una hipoteca legal en favor de los legatarios; si dicen que los legatarios y demás deudores de los legados están obligados hipotecariamente por el todo; esto es una suposición, y suponer no es disponer; la suposición se explica, además, por lo que el Código llama el privilegio de separación, privilegio que daba á los legatarios un derecho de preferencia para con los demás acreedores del heredero; y el privilegio es una hipoteca privilegiada. La nueva ley no deroga en este punto el Código Civil.

Aun colocándose en el terreno de la opinión general que reconocía una hipoteca legal á los legatarios hay que decir, con los autores de la ley belga, que esta hipoteca queda abrogada por la Ley Hipotecaria. Se objetan los principios que rigen la abrogación tácita. Una ley general, se dice, no abroga una ley especial; para que una ley abrogue una ley anterior es necesario que haya una posibilidad de aplicar ambas leyes simultáneamente. Ya hemos contestado en otro lugar que el Código ignora los principios acerca de la abrogación tácita que se toma de la tradición y que se hace mal en aplicar un poco mecánicamente. La abrogación tácita es, ante todo, una cuestión de voluntad. ¿Y qué quiso el legislador belga? Estableció un sistema completo acerca del régimen hipotecario, sistema que deroga en puntos esenciales el régimen del Código Civil. Así es especialmente para las hipotecas generales. La nueva ley las proscribió; no comprendemos que se haya negado invocando la hipoteca general del Estado; esta es una excepción que confirma la regla. La regla es que las hipotecas más favorecidas, las de los menores y de las mujeres casadas, están sometidas al principio de la especificación. ¿Se concibe que

negando una hipoteca general á los menores la ley dé una á los legatarios que tienen un medio fácil de resguardar sus intereses: la separación de patrimonios? Si el legislador hubiera querido mantener la hipoteca de los legatarios tal cual se admitía la hubiera sometido á la especificación; no indicó ningún medio de especificarla, luego la suprime. Esto es lo que se debiera haber dicho aunque no nos hubieran enseñado nada los trabajos preparatorios acerca de la intención del legislador. Pero los autores de la ley han hablado. Martou aparta los informes de las comisiones; dice que en lugar de repetir diez veces que la hipoteca de los legatarios está abrogada las comisiones hubieran hecho mejor de inscribirlo una sola vez en la ley. Sea, pero esto no prueba que no deba tenerse ninguna cuenta de lo que han dicho. Repetimos que esta es una cuestión de intención; y los autores de la ley belga han declarado que establecían la hipoteca testamentaria en lugar de la hipoteca legal abrogada en virtud del nuevo régimen. Hay, pues, un texto que implica la abrogación de la hipoteca legal: son los artículos 42 y 44 que crean la hipoteca testamentaria; esta hipoteca, dicen los autores de la ley, no tiene más razón de ser que la abrogación de la hipoteca legal; luego los artículos 42 y 44 consagran implícitamente esta abrogación.⁽¹⁾

544. El art. 44 no dice nada de la forma en la que la hipoteca testamentaria debe ser constituida. Era inútil haberlo dicho quedando decidida la cuestión implícitamente por el texto de la ley; decir que la hipoteca testamentaria es la por la que el *testador* establece una hipoteca en favor del *legatario* es decir que todo testamento puede contener una constitución de hipoteca, no sólo los testamentos auténticos sino también los ológrafos y místicos. Se objeta que en el silencio de la ley deben aplicarse los principios

¹ Hay una sentencia, en este sentido, muy bien motivada del Tribunal de Marché de 21 de Octubre 1870 (Pasierisia, 1873, 3, 243).

que se refieren á la hipoteca convencional. Desde luego negamos que haya silencio en la ley. Además, la diferencia es grande entre la hipoteca convencional y la testamentaria; nada impide que las partes contratantes se dirijan á un notario; mientras que el testador puede encontrarse en la imposibilidad de redactar una acta auténtica. Es por favor á las últimas voluntades por lo que la ley mantiene los testamentos ológrafos; quiso, pues, permitir al testador hacer en esta forma las mismas disposiciones que pudiera tomar por acta auténtica. Todo lo que resulta es que la hipoteca testamentaria no es una acta solemne. (1)

Hay, sin embargo, una diferencia entre la hipoteca constituida por un testamento auténtico y la que establece un testamento ológrafo ó místico. El acreedor hipotecario tiene el derecho de expropiar al deudor, porque su derecho resulta ordinariamente de una acta auténtica y ejecutoria como tal. Este principio se aplica á la hipoteca testamentaria cuando el testamento es una acta solemne; no recibe aplicación cuando el testamento es ológrafo ó místico, puesto que estos testamentos son actas privadas que no adquieren fuerza ejecutoria sino en virtud de una sentencia.

545. ¿Cuál es el efecto de la hipoteca testamentaria? Crea un derecho de preferencia entre los legatarios; pero el legatario no está preferido á los acreedores del difunto. Esto es la aplicación del principio de que los legados sólo están pagados después del pago de las deudas; *nemo liberalis nisi liberatus*. Y si el legatario fuera pagado de preferencia á los acreedores éstos podrían no ser pagados, cuando menos íntegramente; de donde resultaría que un legatario prevalecería á un acreedor, lo que es contrario al principio tradicional que acabamos de relatar, principio que deriva de la naturaleza normal del legado: el testador no puede legar

1 Martou, t. III, p. 326, núm. 709; Cloes, t. II, p. 29, núms. 995 á 997. En sentido contrario, Delebecque, p. 189, núm. 233.

lo que no tiene y no tiene más bienes que lo que le queda deducidas sus deudas.

SECCION V.—Del lugar que las hipotecas tienen entre sí.

546. El art. 81 dice: «Entre los acreedores la hipoteca sólo tiene lugar desde el día de la inscripción tomada en el registro del conservador» (Código Civil, art. 2134). La ley no comprende los privilegios; sin embargo, los privilegios deben también ser publicados por vía de la inscripción, y el art. 29 dice que entre los acreedores los privilegios sólo producen sus efectos para con los inmuebles cuando han sido publicados por la inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay una diferencia de redacción entre el art. 29 y el 81. El primero niega todo efecto á los privilegios no publicados; el art. 81 sólo dice que el lugar de las hipotecas depende de su inscripción. ¿Resulta de esto una diferencia de principios? Hay que ver primero cuál es el objeto de la inscripción.

¿Está requerida la inscripción para que la hipoteca exista ó existe ésta independientemente de la inscripción? La inscripción está ordenada para que la hipoteca tenga efecto para con los terceros que tratan con el propietario del inmueble hipotecado. Esto prueba ya que la inscripción no es una condición de existencia de la hipoteca; tiene por objeto único hacer pública la hipoteca que existe, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de una convención ó de un testamento. Sucede con la inscripción lo que con la transcripción; mejor dicho, la inscripción reemplaza, para las hipotecas, la transcripción que la ley prescribe para todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. Estos derechos existen en virtud del contrato que los establece, pero para que puedan ser opuestas á los terceros es necesario que el acta constitutiva esté transcrita, ó inscripta cuando

se trata de una hipoteca. La falta de transcripción ó de inscripción no hace, pues, nula el acta; ésta es válida y produce entre las partes todos los efectos que debe producir mientras que los terceros no están en causa. Estos efectos son considerables cuando se trata de la venta de un inmueble ó de una servidumbre ó de un derecho inmobiliario que ataque una hipoteca; mientras que la hipoteca no produce muchos efectos entre las partes; sin embargo, produce algunos, como lo diremos más adelante; es, pues, necesario mantener como principio, para las hipotecas como para los derechos inmobiliarios en general, que el derecho existe independientemente de la publicidad entre las partes. Luego la inscripción no está requerida para la existencia ni la validez del acta.

Tarrible, que ha escrito excelentes artículos acerca del régimen hipotecario en el *Repertorio* de Merlin, parece decir lo contrario. Según él la inscripción es necesaria para *constituir* la hipoteca para completar el derecho del acreedor; el acreedor que no toma inscripción es un acreedor quirografario. Tarrible invoca la tradición de los países de empeño; las costumbres declaraban acreedores *personales y mobiliarios* á los que no habían cumplido las obras de ley. Hay una disposición del Código Civil que parece estar concebida en este sentido. Según el art. 2135 la hipoteca *existe*, independientemente de toda inscripción, en favor de los incapaces; luego se puede decir: la hipoteca no *existe* en regla general sino en virtud de la inscripción. (1) ¿No es esto muy absoluto? Dejemos á un lado las costumbres de empeño; ya sólo es historia. La cuestión debe ser decidida por los textos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria. El artículo 2135 que Tarrible cita no debe aislarse del art. 2134,

1 Tarrible, en Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Inscripción hipotecaria*, párrafo 2 (t. V, ps. 2 y siguientes). Compárese Grenier (t. I, p. 75, núm. 60), que parece combatir á Tarrible sin nombrarlo.

del que es continuación y al que forma excepción; y es de principio que la excepción debe ser entendida en el sentido de la regla. ¿Y qué dice la regla? Que entre acreedores la hipoteca sólo tiene lugar desde el día de la inscripción. Cuando, pues, el art. 2135 trae una excepción de esta regla diciendo que la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas *existe* independientemente de la inscripción esto significa que la hipoteca legal de los incapaces tiene *lugar* en virtud de las disposiciones de la ley, aunque no hubiera sido inscrita. Así el art. 2135 no tiene nada de común con la cuestión de teoría que discutimos. En cuanto á la Ley Hipotecaria establece como regla absoluta la necesidad de la inscripción para las hipotecas y los privilegios, pero el art. 1.º determina el significado de esta formalidad; es idéntica á la transcripción; por consiguiente, está requerida no para la existencia ó la validez de la hipoteca sino para que la hipoteca, así como todo derecho inmobiliario, pueda ser opuesta á los terceros. Para con éstos se puede decir con Tarrible que la hipoteca no existe mientras que no fué transcrita. Entre las partes la hipoteca existe en virtud de la ley de la convención ó del testamento.

547. Queda por saber si á este respecto hay una diferencia entre el privilegio y las hipotecas. El art. 29 dice que el privilegio no tiene *efecto* para con los inmuebles más que por la inscripción, mientras que el art. 81 dice que la hipoteca no tiene *lugar* más que por la inscripción. Esta diferencia de redacción no tiene ninguna influencia en el principio que está consagrado por el art. 1.º de la ley: todo derecho inmobiliario sometido á la publicidad no existe, para con los terceros, más que si las formalidades legales han sido llenadas. La ley pone á este respecto los privilegios en la misma línea que las hipotecas. Pero cuando se trata de prioridad entre acreedores hay una diferencia im-

portante entre el privilegio y la hipoteca; el *rango* de los acreedores hipotecarios está determinado por la fecha de la inscripción, sin tener en consideración la naturaleza del crédito y de su fecha. No sucede lo mismo con el privilegio: su rango se determina no por la fecha de la inscripción sino por la calidad del crédito. De modo que un privilegio inscripto después de la hipoteca puede prevalecer á esta última; y entre los acreedores privilegiados la preferencia se fija igualmente por las diferentes cualidades de los privilegios, sin considerar la fecha de la inscripción. Estos privilegios no son tan absolutos como parecen decirlo los arts. 12 y 13 de la ley. Transladamos á lo dicho acerca de esta materia difícil al capítulo *De los Privilegios* (números 58-65 y 66-93).

El art. 81 (Código Civil, art. 2134) se expresa, pues, exactamente diciendo que el *rango ó lugar* de la hipoteca depende de su inscripción; mientras que la hipoteca no está inscripta no existe para con los terceros; el acreedor no se la puede oponer; en este sentido sólo adquiere su derecho en virtud de la transcripción y, por consiguiente, á partir de ésta.

Poco importa la fecha del título que constituye la hipoteca, puesto que este título no puede ser opuesto á los terceros mientras no ha sido publicado. En cuanto á la naturaleza del crédito nunca se toma en consideración en materia de hipoteca convencional, puesto que la garantía hipotecaria depende únicamente de la voluntad de las partes contratantes. Según el Código Civil el rango de la hipoteca legal era independiente de la inscripción; el Código fijaba y daba eficacia á la hipoteca legal para con los terceros, aunque no hubiere sido inscripta.

Ya no pasa lo mismo conforme á la ley belga; las hipotecas legales están sometidas á la publicidad y, por tanto, al derecho común en lo relativo á su rango. Queda la hi-

poteca testamentaria, cuyo lugar depende de la inscripción tanto como el de la hipoteca convencional.

548. ¿Las partes interesadas pueden derogar el lugar que la inscripción asegura al acreedor? En principio la hipoteca es de orden público y las partes no pueden derogar las leyes que son relativas al interés general (núm. 187). Este principio no es absoluto; supone que los derechos de la sociedad están comprometidos en el debate; si se trata de intereses puramente privados ya no hay ninguna razón para prohibir á las partes fijarlas como les convenga. Tal sería la convención por la que las partes estipularen que la inscripción por tomarse en virtud de una constitución de hipoteca sería preferida por otras inscripciones por tomarse por créditos cuyo monto está fijado en el acta. (1) El lugar entre dos acreedores es de interés privado; la única cosa que sea de orden público es que las convenciones que modifican el lugar que un acreedor tiene por la inscripción de su hipoteca estén publicadas con el fin de que los terceros estén avisados. En este caso la inscripción por tomar debería relatar la cláusula que modifica el lugar del acreedor, si no no se podría oponerla á los terceros interesados en conocerla. Lo mismo sucede con toda cláusula insertada en un contrato de hipoteca cuando interesa á los terceros. (2)

549. La hipoteca y el privilegio producen también otro efecto: es el de dar al acreedor el derecho de prosecución contra el tercero detentor del inmueble hipotecado (artículo 96; Código Civil, art. 2166). Al hablar del derecho de prosecución la ley no distingue entre las hipotecas y los privilegios, los pone en la misma línea y los sujeta á la misma condición: la de inscribirse; una hipoteca ó un privilegio no inscriptos no dan el derecho de prosecución. La razón es sencilla: el derecho de prosecución se ejerce con-

1 Gante, 11 de Agosto de 1875 (Pasicrisia, 1876, 2, 45).

2 Denegada, Sala Civil, 23 de Marzo de 1874 (Daloz, 1874, 1, 307).