

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).

tra los terceros y la hipoteca no existe para con éstos más que por la inscripción, y lo mismo pasa con el privilegio (núm. 546).

550. Así todos los efectos de la hipoteca para con los terceros dependen de la inscripción. La aplicación del principio da lugar á una dificultad que está zanjada por el artículo 81 (Código Civil, art. 2147). Se supone que dos acreedores toman inscripción el mismo día. No hay ningún conflicto en cuanto al derecho de prosecución; todo acreedor inscripto, no importa en qué fecha, puede ejercerlo el último tanto como el primero. Pero cuando se trata de distribuir el dinero nacerá el conflicto; ¿cómo se colocará á estos dos acreedores cuya inscripción tiene la misma fecha? El art. 81 (Código Civil, art. 2147) contesta: "Todos los acreedores inscriptos el mismo día ejercen en *conurrencia* una hipoteca de igual fecha, sin distinción entre la inscripción de la mañana y la de la tarde, cuando esta diferencia estuviera señalada por el conservador." Esta decisión es contraria al rigor de los principios. Haciendo pública la inscripción la hipoteca debiera darle efecto á partir del momento en que se toma; luego entre dos hipotecas inscriptas el mismo día la primera que se inscribió debiera prevalecer á la otra. Este es el principio que la ley sigue en materia de transcripción (art. 123); ¿por qué no se aplica á la inscripción de la hipoteca? El motivo que se ha dado no explica la diferencia que la ley establece entre la transcripción y la inscripción. Dos compradores, se dice, no pueden ser propietarios del mismo inmueble, cada uno por el todo; fué, pues, necesario decidir en favor del que primero transcribió, aunque no hubiera más que un intervalo de algunos minutos entre ambas inscripciones; mientras que dos acreedores hipotecarios pueden venir á contribución en el sentido de que si el precio procedente de la venta no basta para pagarlos íntegramente se les pagará proporcio-

almente. Contestamos que, en derecho, no hay ninguna diferencia entre la enajenación y la hipoteca, entre la transcripción y la inscripción; sólo el modo de publicidad difiere. El texto del art. 1.º de nuestra ley lo prueba hasta la evidencia, y los principios no dejan ninguna duda. Si es imposible que dos adquirentes sean cada uno propietario por el todo lo es igualmente que dos acreedores tengan una hipoteca cada uno por el todo, pues la hipoteca es una enajenación parcial; luego, en el fondo, hay identidad entre la enajenación y la hipoteca. En realidad la ley, al decidir que los dos acreedores inscriptos el mismo día vienen á concurrencia, altera el derecho del primero, pues sólo obtendrá una parte del precio, mientras que lo hubiera tenido todo si se le conservara el lugar á que tiene derecho.

Se han dado otros motivos para justificar el art. 81 (Código Civil, art. 2184); puede haber incertidumbre acerca del punto de saber cuál de los acreedores se presentó el primero en la oficina del conservador; éste puede equivocarse en este hecho ó mejorar á conciencia el del acreedor que vino el último; en fin, se dice, dar la preferencia al que llega primero á la oficina del conservador es hacer depender el lugar de la hipoteca de un hecho puramente accidental; la diferencia sería el premio de la carrera. (1) Contestamos que las mismas dificultades se presentan para la transcripción, y no detuvieron al legislador. El conservador al hipotecar está obligado á llevar un libro de depósitos en el que constan los números de orden y, á medida que se efectúan, las entregas de títulos de los que se requiere inscripción ó transcripción (art. 124, 1.º) Por aplicación de esta disposición el art. 124 decide que la preferencia entre varios títulos transcriptos el mismo día se determina por el número de orden bajo el cual la entrega

1 Marton, t. III, p. 132, núm. 1032. Pont, t. II, p. 177, núm. 734. Compárese Arntz, t. II, p. 738, núm. 1818.

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 § I; 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 entiende 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 (Dalloz, 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.