

La Hipoteca*

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA P.

Catedrático Principal Titular de
Derecho Civil.

ACCIONES QUE TIENE EL ACREDITADOR HIPOTECARIO.— Como todo acreedor, puede hacer uso de la acción subrogatoria u oblícua, por la que litiga en nombre de quien es su deudor (art. 1233 inc. 4º del cód. civ.); puede, asimismo, promover la acción revocatoria, aún cuando la jurisprudencia le ha negado esta facultad.

La sent. de 15 de junio de 1938 (1) expresa que el acreedor hipotecario, por estar suficientemente garantida su obligación activa con el bien que le ha sido especialmente afectado, carece de derecho para ejercitar la acción revocatoria o pauliana, que persigue la extinción de una obligación a cargo de su deudor.

El art. 1018 del cód. civ. le franquea el uso de la acción personal, que corresponde —igualmente— a todo acreedor, y de la acción real. Por esta última, reclamará del “tercer poseedor” el predio hipotecado, para hacer en el mismo efectivo el cobro de la obligación de que es titular. A esta acción real se le conoce con el nombre de “acción hipotecaria”. El dispositivo citado expresa:

“El acreedor puede exigir el pago o del deudor, por la acción personal, o del tercer poseedor del bien hipotecado, usan-

(*) Parte de un capítulo de la obra “Instituciones de Derecho Civil — De los Derechos Reales”, tomo III, 1^a edición, en prensa.

(1) R. de los T., 1938, p. 165 s.

do de la acción real. El uso de una de esas acciones no excluye el de la otra, ni el dirigirla contra el deudor obsta para que se ejecute el bien que esté en poder de un tercero".

EFFECTOS DE LA HIPOTECA RESPECTO A OTROS ACREDITORES.— Por ser la hipoteca derecho real es que sus efectos son "*erga omnes*"; operan contra todos y, especialmente, contra otros acreedores del constituyente del gravamen. Ya se ha visto que el derecho real de hipoteca sólo nace con la inscripción. Y los efectos sustanciales son: 1) derecho de preferencia; y 2) derecho de persecución.

La preferencia importa prioridad en el cobro de la obligación; el acreedor se hace pago primero que los otros acreedores, con el precio del inmueble dado en garantía. Esta preferencia nace desde el día de la inscripción registral. Y si hay varias hipotecas la preferencia la da la antigüedad de la inscripción; no la antigüedad de los instrumentos (art. 1015 cód. civ.).

Asimismo, la preferencia cubre no sólo el capital, sino toda cantidad de intereses que se adeude, los premios del seguro y las costas del juicio (art. 1016 cód. civ.).

Si el deudor hipotecario fallece, el Reglamento de las Inscripciones tiene una disposición importante en su art. 18, parte 2: "No será necesario la previa inscripción de la traslación de dominio a favor de los herederos del deudor que ha fallecido, para inscribir la venta judicial del inmueble subastado en la ejecución seguida para el pago de un crédito garantido con hipoteca inscrita en el Registro sobre dicho inmueble; siempre que en el juicio hayan sido citados los herederos testamentarios o los declarados judicialmente, o en su defecto un defensor de la herencia".

El acreedor hipotecario deberá soportar la preferencia de los gastos causídicos (costas) para la declaración de herederos o el nombramiento de un defensor de la herencia, o la apertura de testamentos cerrados o protocolización de testamentos ológrafos.

Ahora, no sólo es posible nombrar un defensor de herencia conforme al art. 1269 del cód. de proc. civ., sino un curador de bienes con arreglo al inc. 1º del art. 592 del cód. civ., o sea cuando los derechos sucesorios sean inciertos.

La hipoteca, al ejercitar el derecho de preferencia, produce efectos respecto de otros acreedores del mismo constituyente del gravamen.

DERECHO DE PREFERENCIA.— Con la hipoteca nacen dos derechos importantes: el de preferencia y el de persecución. Este último se ejerce sobre la cosa y aparece cuando dicha cosa se encuentra en manos de un adquirente o un sub-
abquirente.

Según BAUDRY - LACANTINERIE (1'), el derecho de persecución es auxiliar del derecho de preferencia y permite que el inmueble sea embargado y vendido para que el acreedor se pague con su precio, como si dicho inmueble no hubiera salido de manos del deudor.

En la doctrina francesa no se niega el derecho de persecución en cuanto a los bienes muebles, porque éste es un atributo de los derechos reales, sino que choca con otro principio, que también contiene nuestra legislación, por el cual la posesión de muebles equivale al título, y que nuestro cód. civ. también lo tiene en su art. 890.

Los derechos que otorga a su titular el derecho real pueden ser:

- a) Derecho de persecución ;
- b) Acción reivindicatoria;
- c) Acción petitoria de herencia;
- d) El interdicto de adquirir;
- e) El interdicto de recobrar, siempre que a la posesión se le tenga por derecho real, ya que hasta hay dudas sobre si es un derecho.

Por ser la hipoteca un derecho de garantía es que otorga preferencia al acreedor con hipoteca. Incuestionablemente, no sería garantía si no concediera ese derecho de preferencia.

La preferencia del acreedor hipotecario está instalada en el inc. II del art. 111 de la ley N° 7566, llamada "ley procesal de quiebras", su fecha 2 de agosto de 1932. Pero es evidente que la voluntad del deudor es la que crea la preferencia a favor de su acreedor al constituir y, sobre todo, inscribir la hipoteca.

(1') *Précis de Droit Civil*, III, p. 860, ed. 1896.

La preferencia importa la quiebra de ese principio de igualdad que debe existir entre todos los acreedores del mismo deudor; y la ley lo permite a fin de facilitarle al deudor el camino de conseguir créditos. Sin la preferencia al deudor le resultaría imposible conseguir fácilmente dinero.

El derecho de preferencia supone un conflicto entre los acreedores del deudor y se ejerce sobre el precio que arrojó la venta judicial del inmueble. Dicho precio se va a proceder a distribuirlo entre los varios acreedores.

Para que el acreedor hipotecario alegue preferencia debe tener su hipoteca debidamente inscrita; es la inscripción la que le otorga el rango. Asimismo, el derecho de preferencia sólo se objetiva en el supuesto de que existan otros acreedores del constituyente que alegan se les pague sus obligaciones activas con el producto de la subasta. No existiendo otros acreedores, el acreedor hipotecario no tiene porqué invocar el derecho de preferencia que la hipoteca le ha otorgado.

Es evidente que los bienes muebles inscritos en el registro fiscal de ventas a plazos tendrían derecho de persecución y también conceden al enajenante derecho de preferencia.

El derecho de preferencia es la facultad que tiene el titular de un derecho real para ejercitar éste antes que cualquier otro en la cosa en que dicho derecho se ha localizado. Así por ejemplo, el acreedor prendario si la obligación no le es satisfecha en el tiempo convenido, puede utilizar la acción personal para cobrarla, o la acción real. Si utiliza la primera tendría que concurrir a prorrata con otros acreedores del mismo deudor constituyente sobre el precio en que se vendiera la prenda; pero si emplea la acción real tiene preferencia para el pago, o sea que se pagará antes que los otros acreedores sobre el precio que se obtuviere por la venta judicial de la cosa empeñada.

En cambio, la persecución importa, en general, un derecho con que cuenta el titular de un derecho real para hacer valer éste contra todo aquel que detente la cosa, o que impida o perturbe el ejercicio del derecho real. Así, si el inmueble hipotecado es vendido por el deudor constituyente a un extraño, el acreedor hipotecario puede conseguir embargarlo y rematarlo aún cuando dicho extraño pretendiera hacer valer una tercera exclusiva de dominio. Por el contrario, si un acreedor tiene una obligación activa contra su deudor y éste procede a ven-

der el único inmueble de que era dueño a un extraño, el acreedor no tiene derecho de perseguir el inmueble que ya no es de propiedad de su deudor, a menos que pueda intentar con éxito la acción revocatoria o pauliana (art. 1098 cód. civ.).

Estas dos notas, la preferencia y la persecución, son de la esencia del derecho real.

La preferencia es la prioridad; importa el derecho de prioridad en concurrencia con otros acreedores del mismo deudor. Es de importancia distinguirlo del privilegio.

Una diferencia de bulto entre el derecho de preferencia y el privilegio se encuentra en que la preferencia funciona sobre el inmueble gravado con hipoteca no obstante que hay otros bienes realizables y otros acreedores no hipotecarios pretenden disputarle al acreedor hipotecario el precio y ser pagados antes que él. El privilegio, por el contrario, supone que el patrimonio del deudor no alcanza a cubrir todas las obligaciones pasivas y el acreedor privilegiado cobra antes que los otros acreedores del mismo deudor no en bien determinado, sino en todos los bienes. Por tanto, el acreedor hipotecario hace valer su preferencia, aunque esté convencido que con otros bienes del deudor puede ser pagado, porque en dichos otros bienes carece de derecho preferencial y entraría a cobrar como cualquier acreedor.

Es cierto que nuestro cód. civ. no contiene disposición alguna sobre el derecho de preferencia del acreedor hipotecario. Las reglas de preferencia se encuentran, como se ha dicho, en una ley, que es la de falencias y ostenta el número 7566, de 2 de agosto de 1932. Sin embargo, el art. 1015 establece la preferencia entre las hipotecas al decir que la antigüedad entre dos hipotecas se decide por la que ha sido inscrita primero.

Y la verdad es que la preferencia que otorga el registro no sólo se debe tener en cuenta respecto de las hipotecas, sino también si una anticresis o un derecho de retención han sido registrados con anterioridad a una hipoteca y, en ciertos casos, hasta un embargo debe tener preferencia a un crédito hipotecario, no obstante que proviene de una ejecución por crédito quirografario, o sea un derecho personal.

La prioridad se determina por el orden en que están inscritas las hipotecas. Sin embargo, esa prioridad puede modificarse por medio de la cesión de rango.

Si dos hipotecas sobre el mismo inmueble se presentan el mismo dia, tiene prioridad aquella que se ha inscrito primero en el libro Diario del Registro de la Propiedad Inmueble. La hora decide y la misma consta en el asiento de presentación y en el de libro de propiedad.

La sent. de 26 de abril de 1938 (2) expresa que las hipotecas deberán satisfacerse por su orden y que la cancelación de la que está en cuarto rango, deja subsistentes las tres primeras, salvo que hubieran sido pagadas.

El art. 1015 previene: "La antigüedad de las hipotecas se decide por la fecha del registro".

La antigüedad decide la preferencia entre los gravámenes hipotecarios; de donde resulta que aún cuando la escritura pública de hipoteca sea anterior en tiempo a otra escritura pública de hipoteca que entró primero al registro, deberá pagarse primero ésta, por ser de rango superior.

Asimismo, no sólo la fecha de la inscripción decide la antigüedad y, por tanto, la preferencia, sino la hora, conforme lo declara el art. 67 del Reglamento de las Inscripciones:

"Se considera como fecha de una inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma.

"Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de una misma fecha, relativas a un mismo inmueble, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos".

Hay un fallo que atenta contra la doctrina del registro; es de 1º de octubre 1918 (3), por el que se sostiene que la ley del Registro no ampara al acreedor hipotecario cuya hipoteca está inscrita, si se hizo la inscripción sin encontrarse registrado el dominio del deudor. APARICIO G. S., en su "Ley Procesal de Quiebras", p. 77, art. 114, le pone una sumilla más fascinante; casi diríamos alucinante.

La Ejecutoria se va contra los efectos del asiento de presentación. Su lenguaje es confuso, porque llama "inscripción" a lo que es sólo "anotación"; y está fuera de duda que un juez supremo no debe experimentar estos errores al nombrar los actos. El crédito hipotecario se encontraba registrado como pri-

(2) R. de los T., 1938, p. 95 ss.

(3) La R. del F., 1918, p. 329.

mera partida del inmueble, evidentemente, pero de allí sigue que éste carecía de valor por no estar previamente registrado el dominio del deudor, por lo que dicho asiento era violatorio de la terminante disposición de los arts. 49 y 52 del Regl. Orgán. del R. de la P. I., que establecen que el 1er. asiento de cada inmueble en el Registro debe ser la inscripción del dominio y posesión del actual tenedor y que a continuación de ese 1er asiento se extenderán las inscripciones, anotaciones preventivas y cancelaciones posteriores. Por todo esto no se atendió al Registro sino a la fecha en que las escrituras aparecen otorgadas, de conformidad con el art. 842 del cód. de proc. civ.

El Fiscal había opinado que debía ser preferido el crédito hipotecario inscrito, vale decir anotado. La ley del Registro arrancó de raíz el sistema de las hipotecas generales, tácitas, y ocultas; implantando el régimen de la publicidad y especialidad de los gravámenes, único medio de garantizar los derechos reales, fomentar la confianza y circulación de los capitales.— Las hipotecas para que constituyan un derecho real, deben estar inscritas. Sin la inscripción, el derecho no se adhiere a la cosa.— El acreedor que ha registrado su hipoteca adquiere el derecho de que la cosa hipotecada responda por la obligación. La acción real de que goza el acreedor hipotecario no emana ahora del pacto, sino del Registro.— El art. 837 del cód. de proc. civ. que concuerda con el espíritu que informa a la ley del Registro, y a lo que expresamente establece el art. 7º de la ley de 2 enero 1888 y 4º de la ley de 10 de enero de 1889, resuelven la cuestión en favor del acreedor con hipoteca registrada.

Contrariamente, la sent. de 5 de mayo de 1937 (4) ha decidido que la hipoteca no inscrita porque no se encuentra registrado el dominio del deudor, pero anotada preventivamente por mandato judicial, tiene derecho de preferencia y deberá ser pagada con prioridad al crédito con anotación preventiva de embargo. En este caso, la hipoteca había sido anotada antes que el embargo, por lo que se declaró fundada la tercería preferencial de pago promovida por el crédito hipotecario. La anotación preventiva que emana de orden judicial vive hasta que otro mandato del juez la cancela; las otras anotaciones preventivas se extinguieren en plazos breves.

(4) En el R. de los T., 1937, p. 237.

El art. 97 del Reglamento de las Inscripciones previene que toda anotación preventiva extendida por orden judicial, se cancela por otro mandato de juez competente; sobre las demás anotaciones preventivas véase el art. 83, párr. 2º. Y el término de vigencia de las demás anotaciones preventivas se encuentra señalado en los arts. 21 *in fine* y 92 del mismo Reglamento.

El derecho de preferencia *ius preferendi* se ejercita por el acreedor hipotecario sobre el precio del inmueble gravado obtenido en la venta judicial del mismo. De ese precio deberá el acreedor ser pagado primero que otros acreedores no hipotecarios, quienes tendrán derecho a ser pagados con el saldo o remanente que quede después de ser satisfecho el importe del crédito hipotecario y siempre que hubiere saldo. Pueden también existir otros acreedores hipotecarios y la preferencia entre los mismos se decide por la fecha de la inscripción de cada gravamen (art. 1015 cód. civ.).

Los acreedores quirografarios, no obstante que pueden hacer embargar y vender los bienes de su deudor, tienen que sufrir la preferencia del o de los acreedores hipotecarios si lo rematado son inmuebles. Y en el saldo o remanente entran a pro rata si éste no fuere suficiente para cubrir sus acreencias. Ello no obstante, existen dentro de los quirografarios acreedores privilegiados, que también deberán ser pagados primero que los acreedores comunes; pero este privilegio se debe a la naturaleza de los créditos que tienen en sus manos y no a las garantías que hubieren cuidado de conseguir. Estos acreedores privilegiados ceden, sin embargo ante los hipotecarios.

En caso de venta judicial la preferencia que el acreedor tenía sobre el predio gravado con hipoteca, se traslada al precio obtenido en la diligencia de remate. Si el importe de la venta judicial no cubre la totalidad del crédito garantizado, y quedaría un saldo no satisfecho, por dicho saldo el acreedor hipotecario puede dirigirse contra el deudor mediante la acción personal, pero sin poder invocar preferencia alguna en los otros bienes del deudor, ya que se ha convertido en un acreedor común o quirografario.

Sin el derecho de preferencia la hipoteca no constituiría una auténtica garantía. Otros acreedores no se encuentran como el hipotecario, cubiertos del riesgo que supone la insolvencia del deudor.

La preferencia se ejercita sobre el precio que se obtenga por la venta judicial del bien. Esto es lo que acontece comunmente. Pero también se ejercita la preferencia sobre el importe del seguro en caso de siniestro, o sobre la cantidad que el Estado abonare por la expropiación del inmueble.

El acreedor invocará la preferencia no en el juicio de quiebra, porque no es necesario que intervenga en el mismo, sino en las tercerías de preferencia o prelación que él promueve o que interpongan otros acreedores.

La preferencia de que goza el acreedor hipotecario tiene características especiales. Así, la puede alegar aunque el inmueble se encuentre en poder de otros, por cualquier título. Esta preferencia sólo se ejerce sobre el precio en que se venda judicialmente el inmueble, ya que si quedare un saldo insoluto su pago no goza de preferencia alguna. Puede ser renunciada por el acreedor hipotecario. Y, finalmente, debe ser alegada. Otros derechos de preferencia sólo pueden funcionar si las cosas aún no han salido del patrimonio del deudor.

Asimismo, la preferencia se invoca sólo en el inmueble hipotecado; no se extiende a otros bienes del deudor y menos si el constituyente es un extraño.

Insistimos: Entre varias hipotecas la preferencia se decide de acuerdo con el principio de prioridad en el tiempo prioridad en el derecho. Pero para la determinación del factor temporal se atiende a lo que aparece del registro, no al orden en que hubieren sido otorgadas las escrituras públicas o testamentos de constitución.

Si el crédito hipotecario no alcanza a cubrirse con el producto del remate, o con el importe del seguro o de la expropiación, la parte insoluta de dicho crédito carece de preferencia.

Como la preferencia ha sido establecida en interés del acreedor hipotecario, éste puede renunciarla. No existe disposición legal alguna que prohíba su renuncia. Sin embargo, los acreedores del acreedor hipotecario podrían revocarla si se ha formulado en fraude de sus derechos. Y para ello utilizarían el inc. 4º del art. 1233 del cód. civ.

Se dice que debe ser alegada por el acreedor hipotecario, porque no existe tampoco disposición legal que mande aplicarla de oficio. En nuestro derecho esto no es completamente cierto, ya que el juez antes de ordenar que se pague al acreedor con



el precio de la subasta, exige un certificado de gravámenes y si hay hipotecas anteriores al crédito del ejecutante ordenará el depósito de su importe, con citación de los acreedores y pagará al ejecutante con la diferencia si la hubiere (art. 713 del cód. de proc. civ.), o sea que en realidad el juez hace valer la preferencia sin que sea alegada; basta el hecho de que el juez compruebe su existencia.

Sin embargo, la preferencia del acreedor hipotecario no es absoluta e irrestricta. En algunos casos, los acreedores comunes tienen preferencia. Así, los acreedores ordinarios del heredado gozan de preferencia frente al derecho del acreedor del heredero, aún cuando éste sea privilegiado, por cuanto tiene hipoteca inscrita en garantía de su obligación activa. En este sentido, consultese la sent. de 2 de setiembre de 1907 (5). En la hipótesis judicial se trataba de hipoteca de un inmueble que el heredero había recibido de su causante. Esta solución no debe darse si el heredero hipoteca bien adquirido por otro origen y ha hecho desaparecer el caudal hereditario que le fué deferido sin que los acreedores del finado hubieran podido cobrar sus créditos, porque no se trata de inmueble cuyo derecho de propiedad lo ha adquirido por herencia. Para esta última solución no interesa determinar si la hipoteca hubo de nacer antes o después de adquirir el constituyente vocación hereditaria.

Para darle preferencia a la hipoteca de 1er. rango, nuestra jurisprudencia ha invocado el principio de la indivisibilidad. Así, al discutirse al acreedor el derecho de hacer efectivo su privilegio sobre las mejoras, accesorios (frutos), que han sobrevenido.

Expresa la sent. de 24 de junio de 1911 (6), que atendido el carácter indivisible de la hipoteca, por lo que ésta se extiende a todas las partes de la cosa y a todos sus accesorios, el primer acreedor hipotecario debe ser pagado con el importe íntegro de todas las partes y accesorios. El edificio construido sobre el área hipotecada constituye accesorio y responde con su valor al acreedor de primer rango.

La sent. de 18 de agosto de 1916 (7) otorga al acreedor hipotecario preferencia respecto a los otros acreedores sobre los

(5) A. J., 1907, p. 240.

(6) A. J., 1911, p. 139.

(7) La R. del F., 1916, p. 305.

frutos de la cosa gravada, por aplicación del art. 2046 del cód. civ. (de 1852).

La hipoteca produce efecto respecto a los demás acreedores, sean éstos hipotecarios o comunes.

Si el inmueble hipotecado es embargado y vendido en pública subasta, el precio de adjudicación se distribuirá entre los acreedores hipotecarios conforme al orden de inscripción de las hipotecas, que es el que establece el rango entre dichos gravámenes, debiendo ser pagado primero el que tiene hipoteca más antigua según el registro.

Las hipotecas legales sólo tienen preferencia y rango desde el día en que se registran. La fecha de inscripción es decisiva y ésta es la fecha de la presentación en el libro Diario.

Rompe esta regla de preferencia la hipoteca legal sobre los bienes inmuebles de aquel que ha cometido delito flagrante a favor del damnificado o de sus herederos conforme al art. 73 del cód. pen. Esta hipoteca se encuentra dispensada de inscripción; su rango no lo establece el registro, ni menos éste establece su preferencia.

El Estado no goza de hipoteca legal para el pago de las contribuciones y arbitrios, sino de un privilegio, que es tan enérgico que prevalece sobre la hipoteca que le es anterior en tiempo.

Sin embargo, el Estado tiene hipoteca legal por las deudas de pavimentación. Así, la ley N° 6186, de 27 de abril de 1928, crea en su art. 7º, una garantía que ingenuamente llama "hipoteca preferencial", como si existiera alguno de estos gravámenes que no concediera preferencia al acreedor. A nuestro juicio, esta hipoteca debe estar inscrita para poder ser opuesta con éxito a otro crédito hipotecario registrado posteriormente.

Se debate arduamente el punto relativo a que el subastador debe pagar los pavimentos. Quienes objetan la legalidad del pago, expresan que el comprador no puede verse constreñido a satisfacer obligaciones del propietario ejecutado, aunque incidan sobre la finca, dado que le asiste el derecho de recibirla por el precio que alcanzó en la subasta y libre de toda carga o gravamen; que el rematante se desobliga pagando el precio cierto y no el incierto que resultaría de hacer aparecer una serie de deudas, ya que el precio cierto es uno de los elementos esenciales del contrato de compra-venta. Por el contrario, quienes la defienden alegan que el pavimento ha valorizado el inmueble y

que si el comprador no lo paga efectuaría un enriquecimiento ilícito. Habría, sin embargo, que investigar si en la tasación se consideró como valor el costo de esas obras de pavimentación.

En la sent. de 29 de setiembre de 1934 (8) se hace aplicación de la hipoteca creada por la ley N° 6186, a la que se le llama privilegio especial. El problema se presentó cuando un acreedor al rematar un predio de su deudor no pudo hacerse pago de su acreencia con el producto de la subasta porque antes había que satisfacer el crédito que tenía quien había efectuado obras de pavimentación en la frontera del predio subastado. Se aco-gió el derecho de quien había efectuado la construcción de las aceras, en virtud de lo preceptuado por el art. 7º de la ley N° 6186, a cuyo crédito se otorgó la calidad de crédito del Fisco conforme al inc. I del art. 111 de la ley 7566, de 2 de agosto de 1932. El fallo se pronunció en una tercería de preferencia de pago promovida por el constructor del pavimento contra el ejecutante, que ganó el primero.

Por otorgar la hipoteca al acreedor preferencia es que éste en concurrencia con otros acreedores se libra de la ley del dividendo y se paga primero.

Y como también la hipoteca concede al acreedor derecho de persecución, los que adquieren la cosa gravada están expuestos a la acción hipotecaria, que tiene por objeto perseguir dicha cosa y hacerla vender judicialmente, pagándose con su precio. Precisamente, en esto se diferencia la hipoteca de la anticresis, ya que el acreedor anticresista si bien tiene el derecho de preferencia, carece del derecho de persecución.

El acreedor hipotecario escapa a la ley del dividendo porque tiene derecho de preferencia. No es un acreedor igual a los otros acreedores del deudor. Y los terceros adquirientes también deben temerle, porque se trata de un acreedor que puede ejecutar la cosa que se encuentra en sus manos. Tiene derecho de persecución, del que carece el anticresista y el acreedor pren-dario. Este tiene derecho de persecución, pero muy débil y hu-dizo.

Por el derecho de preferencia el derecho real desafía todo ataque y toda concurrencia.

(8) En A. J., 1934, p. 156.

Tanto la preferencia como el privilegio tienen en sí la idea de prelación, de prioridad.

El derecho de preferencia es la facultad de que goza un acreedor para ser pagado antes que otros acreedores de la misma persona con el precio en que se venda la cosa.

El derecho de preferencia que tienen hasta los privilegios, se limita a los bienes muebles o inmuebles señalados limitativamente por la ley. Nuestra jurisprudencia ha hecho notar esta singularidad:

La preferencia de que gozan los agentes de Aduana con arreglo al inc. VII del art. 110 de la ley procesal de quiebras, por derechos fiscales que hubiesen abonado por cuenta del fallido, se entiende restrictivamente circunscrita a las mercaderías afectas a esos derechos, decide la sent. de 20 de mayo de 1936 (9). Para arribar a esta conclusión, el Tribunal Supremo consideró que las reglas de preferencia establecidas en favor de ciertos créditos, en los arts. 110 y 111 de la ley de quiebras, no son de orden absoluto, sino en relación a determinados bienes muebles e inmuebles; que por ello se explica la doctrina del art. 113 de la misma ley, que previene que dichos créditos excluyen a los demás sólo hasta donde alcance el valor del bien a que la preferencia se refiere; que en este orden de ideas, el Fisco y las Municipalidades no gozan de prelación por los créditos provenientes de impuestos sobre la propiedad raíz, según el inc. I del art. 111, sino con relación al inmueble sobre que recaen; que hasta la ley N° 6126, que creó el Banco Central Hipotecario, ha excluido de preferencia al Estado y las Municipalidades, por los impuestos y arbitrios que gravan la finca hipotecada al Banco, salvo que se trate de lo que se debe por contribuciones del último año anterior a la subasta. Fueron éstas las razones que limitaron la preferencia de los agentes de Aduana al importe de las mercaderías que dichos agentes hicieron ingresar dentro del patrimonio del fallido.

Veamos otros privilegios:

El privilegio por gastos de funeral carece de derecho de persecución, o sea que si los bienes del finado han sido enajenados a título oneroso y se trata de inmuebles vendidos bajo la fe del registro, si el acreedor por funerales no tiene su crédito anota-

(9) A. J., 1936, p. 51 ss.

do preventivamente, los compradores no tienen por qué responder sino de las cargas y gravámenes registrados (10).

La obligación alimentaria carece, en nuestro derecho, de preferencia; aún la obligación que tiene el padre de alimentar a su hijo. Sin embargo, si la obligación emana de una sentencia pronunciada en juicio sumario, puede ser objeto de contradicción y si no es contradicha dentro del término señalado en el art. 1084 del cód. de proc. civ., adquiere el carácter de ejecutoria y tiene la preferencia que indica el inc. V del art. 112 de la ley procesal de quiebras Nº 7566, de 2 de agosto de 1932.

Precisamente, con el objeto de darle preferencia es que el cód. de proc. civ., en su art. 1033, manda constituir hipoteca en los bienes del responsable, aún cuando permite que el obligado pueda prestar otra garantía real, como prenda o anticresis, que sea bastante a juicio del juez. No obstante su calidad el crédito del alimentista carece de preferencia, por defecto legislativo.

Por la sent. de 22 de octubre de 1931 (11) se declaró preferente el derecho del alimentista con hipoteca inscrita, frente al derecho que pretendía hacer valer el ejecutante que en el remate se había adjudicado la finca compensando el valor de ésta con el crédito a su favor. Incidentalmente, se dejó establecido que la hipoteca del alimentista no sólo sirve para responder de las pensiones insolutas, sino de las que se devenguen en adelante, mientras esté vigente la sentencia que ordena la prestación de alimentos.

Los sueldos de los empleados y los salarios de los obreros tienen también preferencia para su pago. Lo dice el art. 112 de la ley procesal de quiebras Nº 7566, modificado por la ley Nº 7607, de 20 de octubre de 1932. Asimismo, por aplicación de los mismos preceptos gozan de preferencia las indemnizaciones y compensaciones que les correspondan por efecto de las leyes sociales, pero declarada la quiebra dichas indemnizaciones y compensaciones quedarán reducidas a la mitad (art. 6º de la ley Nº 4916, de 7 de febrero de 1924).

La sent. de 20 de julio de 1935 (12) establece que los sueldos debidos a los empleados gozan de preferencia cuando concurren con acreedores de la quiebra, conforme al inc. 3º del art.

(10) Así se establece en la sent. de 6 de mayo de 1931, inserta en A. J., 1931, p. 38 ss.

(11) A. J., 1931, p. 264 ss.

(12) A. J., 1935, p. 165 ss.

112 de la ley de quiebras, modificado por la ley N° 7607, de 20 de octubre de 1932, y deben ser pagados en el orden que les corresponde conforme al art. 115 de la misma ley; y que tratándose de sueldos ya causados o devengados conforme al contrato de locación y no de indemnizaciones debidas por aplicación de la ley del empleado, no son susceptibles de reducción conforme al art. 6º de la ley 4916 y art. 22 del reglamento de 22 de junio de 1928; se ordenó su pago total.

No obstante el error que contiene nuestra ley procesal, la sent. de 20 de setiembre de 1937 (13), aplicando el art. 758 del cód. de proc. civ., por el que la tercería de pago de igual derecho sólo debe fundarse en instrumento público, o en acciones o títulos emitidos por las compañías anónimas o por las instituciones legalmente autorizadas para ello, desestimó la tercería promovida por quien apoyaba su derecho en documentos privados cuya fecha verdadera no se sabía con seguridad. Evidentemente, la fecha cierta en el instrumento privado es difícil pero no imposible acreditarla y probada la data es injusto aplicar un precepto de la ley de procedimientos a todas luces erróneo. Quizá si en el documento quirógrafo lo que se necesita es no la prueba de la fecha, sino que se acredite la verdad de la deuda que el mismo contiene, porque la preferencia entre estos créditos no se decide por su fecha. Sin embargo, una fecha remota otorga autenticidad al crédito.

La sent. de 3 de octubre de 1934 (14) estableció que tratándose de dos créditos comunes o quirografarios, que controvertían en una acción de tercería la preferencia en el pago, deberían ser satisfechos a prorrata con el producto del bien embargado. Se consideró, además, que era inaplicable el art. 647 del cód. de proc. civ. que dispone que si se embargan bienes que ya lo están en seguridad de otro crédito, la nueva diligencia deberá estimarse como reembargo, en cuyo caso, el derecho del segundo embargante se hará efectivo en el sobrante que resultara después de pagar al que embargó primero. Asimismo, no se hizo lugar al art. 758 del mismo código, que preceptúa que la tercería de igual derecho sólo puede fundarse en instrumento público, porque no existe medio seguro de saber la fecha cierta del

(13) A. J., 1937, p. 97 s.

(14) R. de los T., 1934, p. 290 s.

otorgamiento de los documentos simples y el deudor podría burlar a los auténticos acreedores firmando documentos de obligación en favor de acreedores supuestos, a fin de disminuir con mengua de los verdaderos acreedores el patrimonio realizable del deudor. Se aplicó el art. 760 del cód. de proc. civ., sustituido ahora por la ley procesal de quiebras, que remitía a las reglas del mismo código ahora derogadas respecto a la preferencia o prorrato de los créditos. El art. 840 en su segundo párrafo ordenaba que los créditos comunes se pagaran a prorrata, lo mismo que previene el art. 116, párr. 2º de la ley procesal de quiebras.

En la sent. de 2 de abril de 1909 (15) se determina que el crédito que consta de instrumento público es preferente al que consta en documento privado reconocido, aún cuando el embargo trabado a consecuencia de este último sea anterior al verificado por el acreedor escriturario. Los tribunales aplicaron el art. 1015 del cód. de Enjuiciamiento Civil.

Para el Fiscal de la Suprema y para un Vocal de la Superior se consideraba que el embargo hecho por el acreedor escriturario debería considerarse como reembargo y, por consiguiente, limitado en sus efectos al saldo que pudiera resultar después de cubierto el crédito del primer embargante. Se arguía, además, que el objeto del embargo era impedir que se hiciera ilusorio el derecho del acreedor y que de ser así carecería de objeto tal medida de seguridad.

Hay créditos que prefieren a las hipotecas. Así, los del Estado, pero no de cualquier naturaleza, sino por impuestos y arbitrios. Otros créditos activos de que fuera titular el Estado, no gozan de preferencia.

Los impuestos y arbitrios priman sobre la hipoteca por la finalidad pública que se persigue con su creación, sin que pueda privarse al poder administrador de sus recursos por convenciones privadas.

En contrario se arguye que el acreedor hipotecario tiene prelación sobre el Fisco porque el privilegio de éste es sólo general. Para nosotros no existe duda ni hesitación alguna: es demasiado claro el inc. I del art. 111 de la ley 7566; y la prioridad fiscal se extiende a cualquier deuda tributaria del dueño

(15) En A. J., 1909, p. 17.

del inmueble gravado; no sólo las deudas por impuestos y arbitrios relativos al bien (16).

La preferencia del acreedor hipotecario no cede ni frente al privilegio que la ley concede a los sueldos de los empleados. La sent. de 29 de marzo de 1937 (17), considerando que conforme a la ley de falencias, los créditos que gozan de preferencia, con relación a determinados bienes, excluyen a los demás hasta donde alcance el valor del bien a que la preferencia se refiere y que el pago de esos créditos, de distinta naturaleza, en los que están comprendidos los sueldos y salarios de los dependientes y obreros, se hace efectivo en los demás bienes del deudor en el orden que establece el art. 112 de la precitada ley de quiebras N° 7566, se decidió que el acreedor por sueldos no tiene un mejor derecho que el acreedor hipotecario, por lo que la tercería preferencial de pago promovida por el primero deberá declararse sin lugar. El Fiscal había opinado que se pagara antes al acreedor por sueldos, porque lo que cobraba debía considerarse como gasto, que era deducible del valor de los productos, antes de hacerse pago el acreedor ejecutante que había conseguido embargo en forma de intervención en el predio gravado.

Asimismo, una reiterada jurisprudencia ha establecido que el embargo por razón de un crédito común o quirografario no tiene preferencia o prelación frente a un crédito hipotecario, aunque el primero sea de fecha anterior no sólo en su nacimiento, sino en el registro. Es obvio que estos fallos contienen una doctrina discutible y que se presta a innumerables subterfugios y operaciones dolosas de parte de deudores inescrupulosos. Además, ha sido dictada contraviniendo la fórmula del art. 85 del Reglamento de las Inscripciones.

La preferencia de los créditos se encuentra establecida en una serie de leyes, que es preciso tener siempre en cuenta por el abogado. Veamos las siguientes:

En la ley de accidentes de trabajo N° 1378, de 20 de enero de 1911, su art. 77 declara:

“Las acreencias de la víctima de accidente o de los interesados en las indemnizaciones, por asistencia médica o farmacéu-

(16) Véase en “La Ley”, tomo 24, p. 1 ss. de la sec. jurisprud., un comentario de R. L. Fernández, sobre el conflicto entre la hipoteca y el crédito por impuestos.

(17) A. J., 1937, p. 6 ss.

tica, gastos de funeral o indemnizaciones temporales, establecidas por esta ley, gozarán del carácter de privilegiadas de que disfrutan los créditos comprendidos en el art. 1009 del cód. de Enjuiciamiento Civil".

Es decir, les otorga esta ley la calidad de créditos de la primera clase. El código de Enjuiciamientos en materia civil dividía los créditos, para los efectos de la preferencia, en cinco clases.

El art. 69 de la ley de seguro social obligatorio N° 8433, de 12 de agosto de 1936, preceptúa:

"Las cantidades debidas a la Caja Nacional de Seguro Social por cuotas o multas, gozan de la preferencia considerada en el inc. 1º del art. 110 y en el inc. 1º del art. 111 de la ley N° 7566 (ley procesal de quiebras)".

"Los depósitos y cuentas corrientes bancarias de la Caja Nacional de Seguro Social gozarán de preferencia sobre cualesquiera otra clase de créditos".

Respecto a la preferencia de las indemnizaciones por efecto de las leyes sociales, deben verse los siguientes preceptos del Reglamento de la ley N° 4916, de 22 de junio de 1928:

Art. 57.— "El 50 por ciento de los derechos de los auxiliares de comercio en caso de quiebra o liquidación forzosa, constituye crédito preferencial y lo harán valer los interesados ante el juez de la quiebra".

Art. 22.— "En caso de quiebra, de liquidación o traspaso por menoscabo del negocio, el patrón no tiene obligación de dar a sus empleados el aviso de 90 días a que se refiere el inc. A del art. 1º de la ley N° 4916, siempre que estas crisis comerciales se presenten intempestivamente. De lo contrario, estará obligado al aviso previo. En los mismos casos, las indemnizaciones concedidas por la ley, quedarán reducidas a la mitad, de acuerdo con la expresada legislación".

Art. 56.— "Para los efectos del art. 22 de este Reglamento, se entiende por desmedro en los negocios, la pérdida total o parcial del capital".

Dispone el art. 6º de la ley N° 4916, de 7 de febrero de 1924, que "si el dependiente o empleado se retira del servicio sin cumplir el requisito de avisar a su principal con la anticipación a que se refiere el inc. a) del art. 1º de esta ley, perderá todos los derechos y beneficios que ella le acuerda; y le quedarán reduci-

dos a la mitad, si el aviso de despedida del principal o patrón obedeciera a comprobado y notorio desmedro de los negocios de éste".

Es intrincado y obscuro este problema de la preferencia entre la hipoteca y el embargo anotado preventivamente pero que deriva de un crédito que cobra un acreedor común o quirografario (18).

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que prevalece la hipoteca sobre el embargo no obstante que el derecho real se haya inscrito mucho tiempo después que se encuentre registrada la anotación preventiva de embargo.

Es evidente que éste no es un buen sistema, porque si el acreedor hipotecario presintiera que los jueces habrían de reconocer la prioridad del embargo sobre la hipoteca en atención al orden de su inscripción registral, podría pedir la declaración de quiebra del deudor, en cuyo caso conseguiría la aplicación estricta del art. 111 de la ley N° 7566, que le concede una preferencia absoluta, que sólo cede al enfrentarse a los créditos de que fueran titulares el Fisco y los municipios, por concepto de impuestos y arbitrios, respectivamente; y obtendría, además, la ventaja adicional que por su crédito hipotecario no sería considerado dentro de la masa de la quiebra.

No ha sido aún esclarecido suficientemente no sólo en el Perú, sino en la doctrina hispana, este problema de la preferencia entre el acreedor con simple embargo, cuando se opone en una tercería al derecho del acreedor hipotecario.

Nuestros jueces no sólo han otorgado este favor a la hipoteca, sino también al crédito que consta en escritura pública cuando concurre con un crédito cuya seguridad sólo descansa en un embargo anotado con anterioridad a la fecha en que es exigible el crédito por escritura pública.

El art. 85 del Reglamento de las Inscripciones previene:

"El embargante que obtenga anotación a su favor, será preferido solamente en cuanto a los bienes anotados, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído después de extendida dicha anotación, siempre que el bien embargado sea del deudor en la fecha de la anotación".

(18) Acerca de esta cuestión revisese mi tomo III del Derecho de las Obligaciones, N° 68 bis de la p. 110 y ss.

Aquí, el embargo da derecho de preferencia al acreedor anotante, no contra todos los acreedores, sino contra quienes resulten acreedores después de la fecha de la anotación.

La anotación no impide la enajenación a cualquier título del inmueble sobre que recae; sólo persigue como fin garantizar la pretensión del titular que la obtiene (art. 86 del mismo Reglamento).

Para PLANIOL - RIPERT y BECQUÉ (19), si bien el deudor no puede enajenar el inmueble embargado, puede hipotecarlo. Agregan que la hipoteca no perjudica a los acreedores quirografarios inscritos antes, si obtuvieren sentencia judicial o inscribieron hipoteca judicial en tiempo útil. Pero entre nosotros ha desaparecido la hipoteca judicial. Cabe la interrogación, si sería necesario revivirla, para evitar que los titulares de créditos comunes sean burlados.

Sobre el embargo expresa textualmente SALVAT (20) lo que sigue:

“Embargar quiere decir aprehender, poner la mano encima para que la cosa no se lleve; jurídicamente, el embargo consiste en la decisión judicial por medio de la cual el juez, a pedido de uno o varios acreedores, prohíbe al deudor la libre disposición de los bienes embargados. El embargo presenta, pues, un doble carácter: 1º constituye el preliminar de las vías de ejecución y venta de los bienes del deudor; 2º es una medida de seguridad, destinada a impedir que el deudor pueda substraer de su patrimonio bienes que forman parte de la prenda común de sus acreedores”.

Empero, en el derecho peruano, el deudor, no obstante el embargo anotado, puede vender el bien sobre el cual se ha localizado la medida, como se desprende del art. 86 del Reglamento de las Inscripciones.

Se dice que el embargo es una simple medida procesal, que sólo da derecho al embargante a cobrarse con prelación a em-

(19) XII, N° 410, p. 377.

Véase también AUBRY et RAU, III, § 266, tex. y n. 37 de la p. 457, COLIN y CAPITANT, II, p. 939 s.; HUC, XIII, N° 207, p. 258, 1er. párr., expresa que no se puede enajenar el inmueble embargado bajo pena de nulidad; pero admite que el inmueble embargado puede ser hipotecado; GUILLOUARD, III, N° 1583, p. 458, afirma que el propietario del inmueble hipotecado puede enajenarlo. Véase del mismo autor, IV, N° 1884, p. 190 s., en que se ocupa del rango de las hipotecas, lo que supone que el dueño del predio gravado puede hipotecarlo.

(20) Parte gral., 6a ed., 1940, N° 1340, p. 621, Trat. de D. Civ. Arg.

bargantes posteriores, si no tuviesen privilegio especial (21). Se agrega que el embargo es un trámite del juicio que no puede convertir en real una acción personal y que, por tanto, la hipoteca por su carácter real, debe preferir al embargo derivado de una simple obligación, no obstante la fecha anterior que ostente este último.

Pese a que un inmueble tenga anotado preventivamente un embargo puede enajenarse, pero sin perjuicio del derecho de la persona a favor de quien se hizo la anotación y es incuestionable que el adquirente queda sujeto al cumplimiento de la responsabilidad garantizada.

Sobre el principio de que la hipoteca prefiere al crédito común o quirografario se ha dictado la sent. de 15 de junio de 1925 (22), aún cuando la deuda contenida en el instrumento privado sea anterior en varios años; y no sólo esto sino que aún en la hipótesis de que por su mérito se hubiera anotado preventivamente el embargo con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. Se ha razonado por los jueces que declararon preferente el derecho del acreedor hipotecario que la anotación del embargo no alteró la naturaleza del crédito que dicho embargo trataba de garantizar y que no tornaba en hipotecario o real un crédito personal. Asimismo, el acreedor común discutía la validez de la inscripción del gravamen hipotecario, pero aún este derecho le fué negado, porque su inscripción era anterior y para que pudiera impugnar debería tratarse de un inscribiente posterior y, sobre todo, quien controvertía la validez de la inscripción era un anotante por un crédito meramente personal.

Asimismo, la sent. de 9 de mayo de 1935 (23), que hace suyos los fundamentos del fallo de 1^a Instancia, deja establecido que es incuestionable el derecho preferencial del acreedor hipotecario frente al acreedor quirografario para ser pagado primero de su crédito, no sólo con el bien inmueble sino con sus productos; se agrega que aún cuando el acreedor por instrumento privado traba embargo antes que se inscribiera la hipoteca en el registro, ello no enerva el derecho del acreedor

(21) Véase CORDEIRO ALVAREZ, Trat. de los Privilegios, p. 361. Revísese, asimismo, Privilegios: preferencia de créditos en "La Ley", t. 37, p. 140; "Jurisprudencia Argentina", 1944, t. I, p. 823; y "La Ley", t. 14, p. 584.

(22) A. J., 1925, p. 55 ss.

(23) A. J., 1935, p. 79 ss.

con hipoteca porque el embargo sólo constituye una medida de seguridad que está subordinada al derecho de preferencia que concede el derecho real sobre el derecho personal. Estas consideraciones hicieron triunfar al acreedor hipotecario en la tercera preferencial de pago. Es obvio que un crédito no puede convertirse en privilegiado sólo con el embargo. Sólo la ley puede crear privilegios. Estas razones parecen sólidas.

La sent. de 17 de diciembre de 1940 (24), decidió que el crédito del acreedor hipotecario debería ser pagado antes que el crédito correspondiente a una anotación preventiva de embargo derivada de un instrumento privado, no obstante que la hipoteca se había contraído cuando ya vivía en el registro la anotación de la medida precautoria. El fallo invocó el art. 760 del cód. de proc. civ. y los arts. 110 y 111 de la ley de quiebras 7566.

Al discutirse la preferencia entre dos acreedores hipotecarios, uno con hipoteca inscrita antes de la creación del Registro de la Propiedad Inmueble, y otro con hipoteca registrada cuando ya se había creado dicha institución, se declaró preferente —como era lógico— el derecho del acreedor hipotecario más antiguo, aún cuando éste había reinscrito su gravamen en el Registro de la Propiedad Inmueble, y en este último resultaba posterior en tiempo la hipoteca más antigua. Así lo decide la sent. de 12 de agosto de 1902 (25).

No obstante que nuestra jurisprudencia, en forma uniforme, hace prevalecer la hipoteca sobre el embargo, aún cuando éste se hubiera anotado preventivamente con anterioridad al nacimiento de la hipoteca, la sent. de 22 de setiembre de 1924 (26) establece que es infundada la tercera exclusiva de dominio interpuesta por el adjudicatario de un inmueble subastado dentro de una ejecución promovida por el acreedor hipotecario, si la misma se encamina a librarse del embargo y de la ejecución seguida por el acreedor embargante, el inmueble anteriormente embargado por éste antes que la hipoteca, ya que el derecho de quien se adjudicó la cosa se encuentra subordinado al del primer embargante, mientras no se resuelva otra cosa en el correspondiente juicio de tercera de preferencia.

(24) A. J., 1940, p. 161 s.

(25) "El Derecho", 1904-1905, t. 10, p. 116 s.

(26) A. J., 1924, p. 136.

No obstante que la obligación contraída por escritura pública era de fecha posterior a la fecha de la anotación preventiva de embargo de un deudor común, los tribunales declararon preferente el derecho del acreedor por escritura pública sobre el acreedor quirografario. Para establecer que era mejor el derecho del acreedor escriturario se tuvo en cuenta el inc. 5º del art. 835 del cód. de proc. civ., ahora sustituido por el inc. V del art. 112 de la ley procesal de quiebras, que establece el privilegio de los acreedores por escritura pública antes que el derecho que tienen los acreedores por instrumento privado, que sólo se encuentra en el inc. 6º de dicho art. 835 de la ley procesal, sustituido por el inc. VI del art. 112 de la ley de falencias. Dicha sent. es de 26 de junio de 1933 (27), la que establece que no debe tenerse en cuenta para los efectos de la prioridad la fecha de los embargos sino la naturaleza misma de los créditos puestos a cobro.

Nuestra jurisprudencia ha cometido el error de hacer prevalecer el derecho del acreedor anotante de un embargo sobre el derecho de propiedad no inscrito, pese a que por el testimonio de una escritura pública se demostraba por el tercerista la mutación de dominio a su favor, operada antes de que el embargo ingresara al registro. Así:

La sent. de 6 de abril de 1903 (28) declaró infundada una tercería excluyente de dominio promovida por el comprador del inmueble embargado, porque el tercerista no había registrado su adquisición y en el Registro de la Propiedad Inmueble el predio continuaba siendo del dominio del vendedor, a quien se le había embargado y anotado preventivamente dicho embargo. El dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reprodujeron, expresaba que una escritura de venta como la presentada, serviría como prueba bastante para oponerla al vendedor, pero de ninguna manera a terceras personas, si no ha sido debidamente registrada. En verdad, no nos parece ser esta la buena doctrina porque el acreedor embargante no es el tercero del registro; es simplemente un acreedor; y la verdad de la transferencia está acreditada con la escritura pública, que era anterior en tiempo a la anotación preventiva de embargo.

(27) A. J., 1933, p. 122 ss.

(28) "El Derecho", t. 9, 1902-1903, p. 239.

En la sent. de 9 de octubre de 1935 (29) se resuelve una tercería excluyente de dominio por las fechas en que los actos relativos a la propiedad aparecen registrados y no por las fechas que ostentan los contratos de transferencia de dominio. Tratábase de que el dueño del registro había vendido el predio a un extraño, que promueve la tercería, por escritura pública otorgada antes de que el embargo se hubiera anotado en el registro. Sin embargo, la inscripción de la venta a favor del tercerista se había efectuado con posterioridad a la anotación de la medida precautoria. El Tribunal Supremo consideró que el dominio adquirido por el tercerista podía, válidamente, oponerse al vendedor, desde la celebración del convenio contenido en el instrumento, pero no a un tercero como es el acreedor con embargo anotado, porque cuando se anotó el embargo, era el deudor y no el tercerista el propietario del inmueble según los libros del registro y que si así no fuera carecería de sentido y objeto el registro. Esta no es la verdadera doctrina, ya que el tercerista había demostrado que el inmueble embargado no era de propiedad del deudor sino de él en la fecha en que se anota la medida. Además, la falta de inscripción del derecho de propiedad del tercerista sólo le impediría oponerlo a los que habiendo contratado sobre la misma finca, inscribieron su derecho real (hipoteca, compra-venta, etc.); y la doctrina del registro es inaplicable porque la acción del embargante es meramente personal; el secuestro judicial no es pacto ni constituye título y sólo puede producir el efecto de limitar para lo posterior la libre disposición del propietario cuando el bien embargado sea realmente de éste y no de tercera persona. Es por esto que la traba del embargo, aunque fuere registrada, no puede tener efecto retroactivo ni prevalecer sobre la venta efectiva. El embargo es sólo un trámite procesal, que está encaminada a la realización práctica de la voluntad de la ley, consagrada mediante la declaración del órgano jurisdiccional, o sea la sentencia. El embargo —además— debe necesariamente recaer en bien del deudor, como lo reclama el art. 238 del cód. de proc. civ.

La sent. de 19 de diciembre de 1905 (30) se encuentra, a nuestro ver, dentro de la buena senda, al declarar que si el em-

(29) A. J., 1935, p. 267 ss.

(30) A. J., 1905, p. 323.

bargo debe necesariamente recaer en bienes del deudor, debe estimarse fundada la tercería de dominio que se apoya en título anterior a la traba de la medida, por lo que la falta de registro de la escritura pública en que consta la venta que del bien embargado hizo el deudor, no priva a ésta de la fuerza probatoria que como instrumento público le da la ley, de lo que resulta que el embargo efectuado y anotado con posterioridad a la venta, no puede afectar los derechos del tercero, por haber salido la cosa del dominio del vendedor. Además, se trataría del conflicto entre un acreedor, que esgrime un derecho personal o de obligación, frente al titular de un derecho real como es el de propiedad, para cuyo nacimiento no se necesita inscripción.

La sent. de 3 de octubre de 1934 (31) resolvió que los créditos quirografarios deberían pagarse a prorrata conforme al inc. 6º del art. 835 del cód. de proc. civ. y al segundo parágrafo del art. 840 del mismo código entonces vigentes, siendo ahora aplicable el párrafo 2º del art. 116 de la ley procesal de quiebras Nº 7566.

Este fallo se dictó en una tercería de pago, en la que se alegaba que debía observarse el art. 647 del cód. de proc. civ., por el cual el reembargante sólo se hará pago en el sobrante que resulte después de ser pagado el que embargó primero, invocándose también el art. 758 del cód. de proc. civ. que dispone que la tercería de igual derecho sólo puede fundarse en crédito que conste en instrumento público y no privado, porque éste sería el medio de que el crédito del tercerista ostentara fecha cierta, no permitiéndose entonces al deudor reconocer fraudulentamente, por documentos privados, otros créditos que al ser cobrados, vendrían a menoscabar la parte que correspondería a los auténticos acreedores (32).

Se consideraba, asimismo, que el prorrato de los créditos sólo era admisible en la quiebra, pero no en las tercerías, no obstante que el art. 760 del cód. de proc. civ. previene que las preferencias o los prorratos se resolverán conforme a las reglas ahora derogadas sobre quiebra, reemplazadas por la ley Nº 7566, de 2 de agosto de 1932.

(31) En A. J. 1934, p. 159 s.

(32) Véase exposición de motivos de la ley procesal en APARICIO y G. S., Cód. de Proc. Civ., I, art. 758, p. 429, 2a. ed.

Los tribunales argentinos han decidido que el acreedor con embargo preventivo prefiere a la hipoteca si la anotación de la medida es anterior en presentación a la hipoteca por lo menos en un dia, no obstante que la fecha de la escritura pública de constitución de la hipoteca sea anterior a la del embargo y su anotación. Los jueces extranjeros alegaron que la hipoteca no podía pretender mejor derecho porque sólo produce efectos para terceros desde que se hizo pública con la inscripción y que las inscripciones determinan por el orden de su fecha la preferencia del título. Así la sent. de 6 de agosto de 1926 (33). Este fallo ha sido comentado en una nota de autor anónimo en la revista donde ha sido publicado, en que se hace referencia al art. 3135 del cód. civ. de Argentina, por el que la constitución de hipoteca no perjudica a terceros cuando no se ha hecho pública por su inscripción en los registros destinados a ese fin. Se extiende el comentarista en relacionar quiénes son terceros y afirma correctamente que no lo serán los contratantes, sus herederos y aquellos que de cualquier modo conocieran del gravamen no registrado. Plantea el problema de saber si el cessionario del heredero, es decir aquel a quien se le ha cedido la herencia, debe responder de las hipotecas no registradas, al igual que el heredero.

El art. 3135 del cód. argentino previene:

"La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros, si no cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalecerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada". (Véase art. 3316 del cód. de Luisiana).

También la sent. de 20 de diciembre de 1933 (34), del Poder Judicial argentino, entiende por "terceros" toda clase de acreedores, aun los quirografarios y aunque la hipoteca se inscriba una vez vencido el plazo que la ley señala para este efecto, ella es oponible a todos los acreedores que no tuvieran derecho real registrado o embargo anotado.

(33) En "Jurisprudencia Argentina", t. XXI, año 1926, p. 997 ss.

(34) En "Jurisprudencia Argentina", t. XLIV, año 1933, p. 620.

Asimismo, la sent. de 6 de diciembre de 1933 (35) decide que el embargo preventivo prefiere a la hipoteca si ha sido anotado con anterioridad, pese a que la fecha de la escritura de hipoteca sea anterior en tiempo a la del embargo y su anotación.

En la Argentina no puede constituirse hipoteca sobre un inmueble embargado, porque el embargo crea una prohibición, mientras existe, de enajenar y gravar, lo cual no ocurre entre nosotros.

No somos partidarios del sistema de la prevención o prioridad, en forma absoluta (*Prior tempore potior in jure*). No es exacta la interpretación que afirma que ese principio se encuentra instalado en el art. 85 del Reglamento de las Inscripciones.

La preferencia que al acreedor anotante del embargo ese precepto concede, no es una preferencia con respecto a cualesquier créditos, sino frente a obligaciones que hubieren nacido después de extendida la anotación de embargo preventivo (36).

No es admisible que el primero en actuar sea el primero en percibir; pero tampoco puede admitirse que contraída una obligación simple o común, cobrada ésta ejecutivamente y anotado preventivamente el embargo en el registro, el deudor ejecutado celebre una hipoteca simulada, se inscriba el gravamen y en la tercería de preferencia de pago triunfe el derecho a ser pagado primero que ostenta el acreedor hipotecario, pese a que la obligación asegurada con hipoteca sólo nació con el objeto de enervar el derecho del acreedor quirografario con embargo anotado. No es posible que se raciocine, para preferir a la hipo-

(35) En "Jurisprudencia Argentina", t. XLIV, año 1933, p. 935 s.

(36) La sent. de 15 de junio de 1925, en A. J., 1925, p. 55 ss., invoca el art. 116 del Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble, análogo al art. 85 del Reglamento de las Inscripciones, en una tercera preferencial de pago. La obligación que constaba en instrumento privado nació en 1886 y fué judicialmente reconocida en 1898. La hipoteca se registró el año de 1905. La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que originó el cobro de la obligación constante en instrumento quirografario se pronunció en 1909, o sea mucho después del registro del gravamen hipotecario. Asimismo, el embargo preventivo a que dió mérito la ejecución del acreedor quirografario, sólo se llevó a cabo en 1909, o sea muchos años después de otorgada la hipoteca. Es inquestionable que el derecho de preferencia del acreedor hipotecario tuvo necesariamente que prevalecer.

Asimismo, en la sent. de 2 de noviembre de 1927, en A. J., 1927, p. 297, se declaró preferente el crédito hipotecario frente al crédito quirografario, aun cuando el embargo anotado en el registro por el quirografario fuere anterior en tiempo al crédito hipotecario. Es de observar que la hipoteca no estaba inscrita, pero constaba en escritura pública cuya fecha era anterior a la del embargo del crédito quirografario.

teca, que el embargante no posee un derecho real sobre el bien embargado, ni goza de privilegio alguno y que la anotación no altera la naturaleza del crédito que el embargo trata de garantizar, ni puede transformar en hipotecario o real el crédito personal, porque entonces se estaría protegiendo el *conscius fraudis* a que recurre todo deudor celebrando hipotecas simuladas.

Quizá si en este campo es preciso revisar las ideas por las que se establecen diferencias entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito. Ya en los derechos extranjeros —el francés, principalmente, con GAUDEMOT y GAZIN—, se trata de borrar estas diferencias, porque una de las cuestiones que más se esgrimen en este campo es la de que, por razones de jerarquía, el derecho real prefiere al derecho personal y que uno de los atributos esenciales del derecho real es el *jus preferendi*.

Donde se comprueba el absurdo de afirmar que el embargo sólo traduce una simple obligación, aunque se anote, y, en cambio, la hipoteca es un derecho real, que debe de tener preeminencia sobre el simple embargo que emana de una obligación, es en el caso de venta. El adquirente o comprador del inmueble sujeto a una anotación de embargo está obligado a pasar, a soportar la responsabilidad que en su día se declare sobre dicho inmueble por obligación que correspondía al anterior propietario que lo vendiera. Esto está expreso en el Reglamento de las Inscripciones (art. 86). Pues bien; sabemos que con la compra-venta se constituye el derecho real por excelencia, el derecho real perfecto, la propiedad. Y sin embargo, este nuevo derecho de propiedad, el titular de este nuevo derecho de propiedad tiene que sufrir, sin que le valga alegación alguna, la responsabilidad del bien con un embargo trabado con anterioridad a la constitución de su nuevo derecho de propiedad, es decir, con anterioridad al contrato de compra-venta. Dentro de la teoría antes enunciada, siendo el embargo un trámite del ejecutivo, que no tiene la virtud de transformar la obligación, que no cambia el derecho de obligación en derecho real, tendríamos que siendo un derecho estrictamente personal debía ceder en beneficio del derecho real por anonomasia, o sea el derecho de propiedad.

En realidad, lo que acontece es que tan luego como ingresa al registro un embargo adquiere *fecha cierta* el crédito por razón del cual se anota. Y esta fecha cierta es bastante para

asignarle una legitimidad indiscutible, una autenticidad indisputable por créditos que le sean posteriores, hayan sido asegurados con hipoteca, prenda o fianza.

Además, deberá también tenerse en cuenta que el ingreso al registro opera el cambio de la fisonomía de la obligación. No queremos afirmar que se transforme en un derecho real. Sería una pretensión excesiva. Pero ya no es una *obligatio*; es un *jus ad rem*, que es más fuerte y digno de protección que el derecho de obligación, que tiene cierto carácter real. (Véase "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario". Año 1924 — Artículo de JOSÉ MARÍA FONCILLAS denominado "El *jus ad rem* en el Derecho Civil Moderno", Nos. 100 y sgtes.).

Un problema de importancia considerable es el de determinar si el contrato de locación-conducción inscrito es un derecho real o personal. Por lo menos ya un dispositivo del nuevo cód. civ. —el art. 1515— dice que el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento registrado. Para la doctrina de que este es un derecho personal, la solución sería errónea, desde que estructurándose un nuevo derecho de propiedad no tiene por qué respetarse los simples derechos de obligación.

El *jus ad rem*, pese a su contextura híbrida, es importante. La existencia del *jus ad rem* ha sido descubierta extraregistralmente. Pero el derecho anotado no vacilamos en calificarlo de un *jus ad rem*. La obligación anotada adquiere los contornos de un derecho real relativo.

Toda esta cuestión nace de la preferencia que se le otorga a la hipoteca sobre el embargo. Pero ¿es la hipoteca un derecho real en el sentido exacto de la palabra? Es muy discutible decidirse por la afirmativa. La hipoteca sólo se transforma en derecho real con la inscripción en el registro. Antes sólo es una obligación constante en escritura pública. La garantía sólo viene a ser un accesorio de la obligación. El acreedor hipotecario no sólo tiene la acción real sino la personal (art. 1018 del cód. civ.). Y si ejecutado el bien, el precio obtenido no alcanza a cubrir la acreencia, le queda acción por el saldo al acreedor sobre los demás bienes del deudor. En cambio, la servidumbre sí es un derecho real. Vive y se extingue con la cosa. Si ésta se destruye, la servidumbre no revive por la reedificación (art. 969 del cód. civ.).

La anotación no es ya sólo una *obligatio*. Es algo más; y ese algo se lo agrega el registro.

De otro lado, con la anotación de embargo quien todavía no es acreedor hipotecario está obligado a conocer el embargo. Si a pesar de eso celebra el contrato y se transforma en acreedor hipotecario es natural que no pueda discutirle en una tercería la preferencia al acreedor embargante, ya que se presume que tenía conocimiento de que su deudor lo era también de otro desde antes.

Por esto es que no sólo para los derechos reales debe aplicarse la máxima *prior tempore potior in jure*.

El embargo, entonces, no constituye sólo un trámite procesal, una medida precautoria, que se encamina a la realización práctica de la voluntad de la ley consagrada mediante la declaración del órgano jurisdiccional, o sea la sentencia. Es algo más.

Los efectos del embargo sólo es posible destruirlos con la declaración de quiebra, en cuyo caso entrarán a funcionar las preferencias que la ley especial señala. Empero, por lo que al Perú hace, los abogados sabemos que este remedio es ilusorio en todos los casos.

Conviene leer un ensayo de AYARRAGARAY, CARLOS A. (37), en que hace un estudio cuidadoso de la doctrina extranjera, aun cuando su conclusión no es exacta, en todos los casos, porque sostiene, de acuerdo con la jurisprudencia de su país (Argentina), que el embargo trulado por el acreedor quirografario, le crea un privilegio contra los subsiguientes embargantes; y que esa prioridad se traduce en un preferencia legal para cobrar según el orden de la anotación, sobre el producido de los efectos ejecutados (38).

El estudio de AYARRAGARAY es digno de leer por la información extranjera que trae, que lo hace expresar: "... y es también la virtud extraordinaria que a mi juicio ofrece la legislación comparada, que sirve no como adorno académico o de erudición, sino como paradigma para medir no sólo los grados de intensidad de un mismo fenómeno jurídico en distintas legislaciones, sino para dar relieve, mediante la comparación, a las diferencias fundamentales que ofrece en una u otra jurisdicción (39).

(37) En "Jurisprudencia Argentina", 1942, III, sec. doct., p. 67 ss.

(38) *Ens*ay*o* cit., p. 75.

(39) *Ens*ay*o* cit., p. 67.

La solución del autor argentino no puede ser aceptada sin reservas. No es razonable que obligaciones de la misma naturaleza, de la misma calidad, es decir, que todas sean quirografarias, obtengan unas derecho de preferencia en el pago y otras no, sólo porque las primeras anotaron preventivamente sus embargos en el registro. Sería esto una sanción no sólo a los acreedores negligentes, sino a aquellos acreedores considerados, que no tratan de estrangular y concluir al deudor; y que por esta actitud pueden experimentar un daño considerabde, ya que otras obligaciones cuyos acreedores son duros e implacables, no obstante haber sido contraídas después por el mismo deudor, consiguieron ingresar primero al registro de la propiedad, mediante la anotación de embargos.

Hay una cosa que dice AYARRAGARAY (40) y que es ciertísima. Expresa que el problema no es de procedimiento, sino de derecho civil. Se dirige contra el patrimonio de cada individuo. Las leyes procesales sólo indicarán la forma, el canal. Sin embargo, esta cuestión para el Perú no tiene más guía que la del art. 85 del Reglamento de las Inscripciones. En realidad, en nuestro país, toda esta gran cuestión —*vexata quaestio*— de la preferencia de créditos tiene una multiplicidad de preceptos no sólo en la ley procesal de quiebras 7566, sino en el cód. civ., cód. pen., cód. de com. y leyes especiales, que se contradicen y confunden a los jueces. Hay contradicciones y también existen vacíos, por lo que las tercerías en que se ventilan las preferencias, constituyen verdaderas aventuras judiciales, en las que ningún abogado sabe con certeza cuál habrá de ser el resultado.

Los tribunales argentinos tienen al respecto soluciones contradictorias:

En unos casos, dícese que la preferencia que el art. 539 del cód. de proc. de la prov. de B. Aires acuerda al primer embargante, no puede prevalecer frente a un privilegio especial de la ley de fondo que se hace valer por la vía de la tercería de mejor derecho (41).

También: La prelación en el pago que produce el embargo, no importa un privilegio (42).

(40) *Ensayo* cit., p. 67.

(41) "La Ley", 32, p. 204.

(42) "La Ley", 35, p. 239.

Sigue: La preferencia que el art. 539 del cód. de proc. acuerda al primer embargante, no puede ser opuesta a la que tienen otros acreedores con privilegio especial según el cód. civ. aunque no se los mencione en la citada disposición de la ley procesal (en el caso de autos, se trataba de un acreedor por gastos de conservación de cosas muebles al que se le reconoce privilegio por el art. 3892 del cód. de VÉLEZ) (43).

Es también importante leer un artículo de CARRILLO PEDRO, intitulado "Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre bienes embargables. Doctrina sentada en distintos pronunciamientos" (44).

Otra bibliografía recomendable es:

LAMADRID ESTEBAN, "Prioridad de embargo en los créditos quirografarios (no debiera darse privilegio al primer embargante). Idea de una nueva ordenación jurídica al respecto" (45).

En Argentina, por ejemplo, sus tribunales han fallado que si la anotación de embargo y la inscripción de hipoteca se extendieron el mismo dia, pero precediendo el embargo a la hipoteca, el primero prefiere a la segunda, lo cual evidentemente no es arreglado a derecho, porque la anotación de la medida precautoria sólo debe conceder privilegio sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de dicha anotación, y no debe preferir al crédito hipotecario, que obviamente nació antes, ya que para registrarla hubo previamente que elevarlo a escritura pública. Así, dicen:

"El acreedor con embargo preventivo inscrito en la misma fecha que la hipoteca, pero precediendo un dia a ésta en su presentación y media hora en su inscripción, tiene derecho a ser pagado con preferencia al acreedor hipotecario, sin que obste a esta conclusión la circunstancia de que la fecha de la escritura hipotecaria sea anterior a la del embargo y de su anotación".

Este fallo ha sido ya comentado por nosotros (46) y en la nota que se le hace se afirma que de conformidad con el art. 3135 del cód. civ., la inscripción de la hipoteca no perjudica a terceros cuando no se ha hecho pública por su inscripción en

(43) "La Ley", 22, p. 331.

(44) "La Ley", 20, p. 87.

(45) "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", setiembre-octubre 1940, p. 317.

(46) "Jurisprudencia Argentina", tomo 21, p. 997.

los registros destinados a ese fin (47). Continúa expresando la nota que la teoría de la ley es la de que quienes no intervinieron en el acto constitutivo de la hipoteca no tienen por qué obligarse, ya que para ellos la hipoteca produce efecto sólo desde la inscripción. Se dijo también de que la ley del registro no establece diferencias entre los títulos susceptibles de inscribirse.

Sosteniendo la misma doctrina, otro fallo reza:

“El acreedor con embargo preventivo inscrito con anterioridad a la hipoteca, goza de preferencia al hipotecario, sin que obste para ello la circunstancia de que la fecha de la escritura sea anterior a la del embargo y su anotación” (48).

Arguyen los jueces argentinos que si se aceptara lo contrario, le sería fácil al deudor burlar no sólo a su acreedor, sino también a los mandatos judiciales; y que a los ojos de la ley tan respetables son los derechos de los acreedores quirografarios como los de los privilegiados, ya que las garantías más hacen a la forma que al fondo de las obligaciones.

Otra sent. del Poder Judicial de Argentina, expresa:

“Por terceros, a los efectos aludidos en el art. 3135 del cód. civ., debe entenderse toda clase de acreedores, aun los simples quirografarios” (49).

Todos estos juicios son tercerías de mejor derecho, o de preferencia en el pago, esto es, se demanda que los jueces establezcan quién de los acreedores deberá ser pagado primero con el producido del bien rematado. Se arguye, en contrario, en la penúltima sentencia, que el derecho de un acreedor de ser pagado con preferencia a otro se llama “privilegio” y éste sólo puede derivar de la ley, resultar de una disposición legal; que ninguna ley de fondo ha creado privilegio a favor del embargante; y que sólo existe un privilegio relativo, meramente procesal, creado por el art. 387 del cód. de procedimientos.

En nuestro derecho peruano, el privilegio de que goza el acreedor con embargo anotado no funciona —ya lo explicamos— con respecto a los créditos de cualquier clase, que hubieran nacido antes o el mismo dia en que se anota preventivamente el

(47) Véase LAFAILLE, “Curso de Derechos Reales” (notas taquigráficas de Agüello y Frutos), t. 3, p. 220.

(48) En “Jurisprudencia Argentina”, tomo 44, p. 935.

(49) En “Jurisprudencia Argentina”, tomo 44, p. 620.

embargo en el Registro de la Propiedad Inmueble, sino sólo con respecto a los créditos que hubieren nacido después de la fecha de la anotación. Ese privilegio lo contiene el art. 85 del Reglamento de las Inscripciones, que algunos admiten que es ley de la República, aun cuando otros sostienen, en mi concepto, con fundamento, que su carácter legal no existe, ya que sólo ha sido aprobado por la Corte Suprema de la República, en uso de la facultad que a ésta concede el art. 1039 del cód. civ.

Nos parece que una buena solución es la de prohibir que los inmuebles con embargo anotado puedan ser hipotecados, a fin de evitar todos los conflictos que se presentan y que no sólo crean vacilaciones y oscuridades en nuestro derecho, sino en los derechos extranjeros; y dan margen a que los deudores avisados burlen a sus acreedores quirografarios con la celebración e inscripción de hipotecas a último momento (50).

Lo que sí no debe prohibirse, a fin de no obstaculizar la transferencia inmobiliaria es que los predios embargados puedan ser vendidos, donados, permutados o adjudicados en pago, desde que el acreedor anotante está garantizado y puede, en su dia, rematar el inmueble que ya no se encuentra dentro del dominio de su deudor, sino de un adquirente o subadquirente.

No creemos que esta situación habría de remediararse con un regreso a las hipotecas judiciales, en cuanto éstas amparan a los acreedores quirografarios, desde que es de presumir que en el curso de la litis para la constitución de hipoteca judicial, el deudor celebre hipoteca convencional con el objeto de burlar al acreedor común.

También debe tenerse en cuenta que la hipoteca produce efectos en cuanto a los otros acreedores del constituyente del gravamen. Así, si el predio hipotecado es embargado y vendido dentro del procedimiento ejecutivo. Otros acreedores del constituyente han trabado embargo sobre el bien y hay que distribuir el precio obtenido en la subasta.

Conforme a la ley procesal de quiebras N° 7566, de 2 de agosto de 1936, en su art. 111, primero se pagan los créditos a favor del Estado, sin que se tenga en cuenta que hubieren nacido antes o después de la hipoteca puesta a cobro. Asimismo, los

(50) Las sent. de 7 de junio de 1897, en A. J., 18 — 18, p. 380; y de 22 de agosto de 1908, en A. J., 1908, p. 361, contienen la doctrina de que sólo puede oponerse a terceros la medida precautoria que ha sido debidamente registrada.

créditos a favor del Estado sea cual fuere su cuantía y su antigüedad. Empero, estos créditos son por pago de impuestos o arbitrios al Fisco o a la Municipalidad.

Es después del Estado que se paga el acreedor hipotecario; y si son varios los acreedores hipotecarios, la preferencia en el pago se determina por el orden de las inscripciones en el registro, conforme al art. 1015 del cód. civ.

Si después de pagado el acreedor o los acreedores hipotecarios quedare un saldo del precio, será distribuído según el orden de preferencia establecido en el art. 112 de la ley procesal de falencias.

Así, los créditos que constan de escritura pública tienen preferencia para el pago sobre los créditos comunes o quirografarios; y entre éstos no hay preferencia de ningún género, ni en razón de su cuantía, ni en razón de su antigüedad, ya que se pagan a prorrata.

Entre los créditos por escritura pública la preferencia se decide por su fecha; y si son de la misma fecha, se pagarán en el orden en que se encuentran extendidas las escrituras en el protocolo del notario; y si han sido otorgadas dichas escrituras ante diversos notarios, se pagarán a prorrata (art. 116 de la ley N° 7566, llamada ley procesal de quiebras).

Los fallos pronunciados en juicio ejecutivo no tienen preferencia, porque no pueden considerarse ejecutoriados, aun cuando la última resolución hubiese sido pronunciada por el Tribunal Supremo, desde que son susceptibles de contradicción, según el art. 1083 del cód. de proc. civ. Adquieren el valor de la cosa juzgada una vez transcurrido el término para la contradicción, que señala el art. 1084 del mismo cód. procesal. A este respecto, las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada tienen preferencia, conforme al inc. V del art. 112 de la ley procesal de quiebras 7566.

Por lo demás, la sentencia dictada en juicio ejecutivo no se puede considerar firme, aun cuando lo hubiere sido por el Tribunal Supremo. Como este juicio es susceptible de contradicción, sólo a los seis meses adquiere esta sentencia el valor de la cosa juzgada. Permite su contradicción el art. 1083 del cód. de proc. civ. y señala el plazo para el juicio contradictorio el art. 1084 del mismo cód.

Son varias las sentencias que deciden que habiendo transcurrido el término legal sin haberse abierto el juicio contradictorio, adquiere el fallo pronunciado en juicio ejecutivo la calidad de ejecutoria (51).

Se tiene en cuenta que la fecha que contiene la escritura pública es indubitable, mientras no se declare la nulidad del instrumento público, como lo previene el art. 405 del cód. de proc. civ. Además, frente a un acreedor común o quirografario, la preferencia la tendría el acreedor hipotecario no como tal, sino porque su crédito consta en escritura pública, con arreglo al inc. V del art. 112 de la ley procesal de quiebras N° 7566.

Si el acreedor embargante tuviera un crédito constante de escritura pública, para la preferencia entre dos escrituras públicas se atendería al art. 116 de la misma ley N° 7566. No encontrándose inscrita la hipoteca, el acreedor no podría invocar su calidad de hipotecario frente a otro acreedor por escritura pública más antigua.

Hemos expresado que el derecho de preferencia lo utiliza el acreedor hipotecario cuando se encuentra frente a otros acreedores del mismo deudor, por lo que con este derecho escapa de la ley del dividendo, se libra de concurrir a prorrata con los demás acreedores; y el derecho de persecución lo alega el acreedor hipotecario cuando el inmueble gravado se encuentra en manos no del deudor, sino de terceros poseedores, sea porque se lo vendió a tercero el deudor, o porque se lo regaló, o se lo cedió en pago, o se lo permutó. Si el inmueble no ha salido del dominio del deudor, el acreedor no tiene por qué utilizar el derecho de persecución. Por el derecho de persecución, el acreedor hipotecario sigue al inmueble gravado cualquiera que sea la persona a cuyo poder hubiera pasado.

El derecho de preferencia nace cuando se vende el inmueble hipotecado en subasta pública y existen otros acreedores.

Normalmente, todos los acreedores son iguales; si son comunes o quirografarios, y deben ser pagados a prorrata, es decir, con arreglo al procedimiento de distribución por contribución.

Asimismo, ya se ha dejado establecido que el rango de una hipoteca se determina por el día de su inscripción, que no es el del asiento de inscripción, sino el del asiento de presentación,

(51) Así, sents. de 26 de julio de 1918, en A. J., 1918, p. 113; y de 17 de diciembre de 1931, en R. de los T., 1931, p. 381.

en que también consta la hora y no sólo el día (art. 67 del Reglamento de las Inscripciones). Si dos acreedores hipotecarios piden la inscripción el mismo día, prefiere el que primero ingresó al registro.

En general, la prioridad entre varios derechos reales decide su preferencia. La primera hipoteca excluye a las que le siguen, las cuales no podrán ser pagadas con el valor obtenido con la venta judicial del inmueble, sino después de ser solucionado el primer gravamen.

No cabe distinguir entre hipotecas legales y convencionales; la fecha de su registro es la que les otorga prioridad.

En cuanto a los gravámenes presentados al registro el mismo día, la hora de su presentación que necesariamente deberá constar en el asiento de inscripción, es la que indica cuál tiene el carácter de primera. (Véase inc. 2º del art. 9º y art. 67 del Reglamento de las Inscripciones). La fecha de una inscripción es la del asiento de presentación, por cuyo mérito fué extendida. Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de una misma fecha, relativa al mismo inmueble, se atenderá a la hora de presentación en el registro de los títulos respectivos, la cual consta en el asiento de inscripción.

Hay hipotecas que comprenden varios inmuebles y otras que sólo se localizan en uno. Por ejemplo, X tiene hipoteca sobre varios inmuebles de B, y Z tiene hipoteca de segundo rango sobre uno solo de esos inmuebles de B. Si X ejecuta el inmueble que también está hipotecado a Z, éste puede ver desvanecerse su garantía. Pero si X elige uno o varios de los otros inmuebles de B, Z puede ver su derecho fortalecido y hasta subir de rango, si X queda íntegramente pagado al ejecutar los demás inmuebles de B.

En este caso, si X ejecuta el bien que también le está hipotecado a Z puede pagarle Z y subrogarse en la hipoteca de X y así Z ejecuta todos los inmuebles y puede conseguir el pago íntegro.

X puede, en nuestro derecho, dirigir su acción contra cualquier inmueble de B. No está constreñido a ejecutar los otros inmuebles de B y sólo después dirigir su acción contra el inmueble que está hipotecado también a Z.

El privilegio da preferencia; el derecho real de garantía también da preferencia. La diferencia reside en que para que el

privilegio tenga preferencia no necesita estar inscrito y la seguridad real hipotecaria sí. Es de anotar que el acreedor prendario, titular del derecho real de prenda, tiene preferencia sin necesidad de inscripción de ningún género. La posesión reemplaza en la prenda a la inscripción.

Una diferencia de bullo en el derecho peruano entre privilegios y derechos reales de garantía está en que los privilegios carecen de persecución, en tanto que las garantías reales tienen derecho de persecución. Sin embargo, la prenda casi no tiene derecho de persecución, porque como incide en bienes muebles si éstos dejan de ser poseídos por el acreedor prendario o por el tercero que los guarda para dicho acreedor y son adquiridos a título oneroso y de buena fe por un extraño, es incuestionable que el acreedor prendario no podrá ejercitar derecho de persecución alguno, a menos que le hubieren sido robados o se le hubieren perdido, o sea que en cuanto a los muebles rige la máxima de que la posesión vale el título, contenida en el art. 890 del cód. civ.

La anticresis, al igual que la hipoteca, necesita encontrarse inscrita para tener derecho de persecución. Sin embargo, entre estos dos derechos reales se observa que mientras no se registre la hipoteca no existirá ésta como tal, o sea que no será derecho real, en tanto que la anticresis para existir no necesita de la inscripción en el registro. A este respecto, la anticresis y la hipoteca no inscritas no tienen tampoco derecho de preferencia; pero la anticresis existirá con la posesión del acreedor anticresista; y esta posesión no podrá perderla mientras no se le pague el préstamo de dinero que dió origen a la garantía, porque ejercitará sobre el inmueble el derecho de retención. Así, este acreedor obtiene una seguridad absoluta en el pago, aun sin tener preferencia, porque los otros acreedores no podrían quitarle la posesión del inmueble mientras no le pagaran la obligación de que es titular. Sin embargo, el acreedor hipotecario puede vencer la retención del anticresista, si la hipoteca se inscribió antes que la anticresis, o si la hipoteca está registrada y la anticresis no, aunque esta última hubiere nacido antes. Esta es la doctrina del registro.

Como ahora la anticresis otorga también derecho de preferencia al acreedor anticresista y no sólo derecho de retención, debe tenerse en cuenta que la fecha de inscripción de la anti-

creción decide sobre su preferencia respecto a las hipotecas; o sea que la anticrección anterior en el registro a la hipoteca, deberá ser — pagada primero que ésta.

Los conflictos de prioridad entre ambos gravámenes, hipoteca y anticrección, nacen cuando han sido constituidos por la misma persona, pero no si lo han sido por personas diferentes, en que ambas se atribuyen el derecho de propiedad sobre los dos gravámenes. En este último caso es incuestionable que habrá de reputarse existente el gravamen constituido por el verdadero propietario.

Sin embargo, en algunas hipótesis puede declararse vigente y válido el gravamen constituido por quien no es el dueño de la cosa. Así, hipoteca otorgada por el propietario con derecho de propiedad registrado, pero con la singularidad de que éste no es el *verus dominus*, sino otro que ha otorgado anticrección sobre el inmueble y que ha iniciado acción reivindicatoria y triunfó en el juicio pero después de que el propietario aparente, o sea el propietario del registro, había constituido hipoteca. La solución será que no obstante que se anule el derecho de propiedad del constituyente y se inscriba el derecho de propiedad del dueño verdadero, la hipoteca subsiste y el predio responderá de ella, sin que esté permitido tampoco oponerle la anticrección, aun cuando hubiere nacido con anterioridad a la hipoteca. No sería éste más que uno de los casos de aplicación del art. 1052 del cód. civ., que constituye uno de los pivotes del registro.

Dentro de la hipótesis de que el ejecutante no es el acreedor hipotecario, sino un acreedor quirografario con embargo posterior a la hipoteca, y habiendo conseguido el remate del predio, es obvio que el dinero no podrá ser cobrado por el ejecutante antes de pagarse al acreedor hipotecario y a los acreedores comunes que le anteceden. El art. 713 del cód. de proc. civ. previene que consignado el precio de la subasta el ejecutante sólo será pagado si no existe hipoteca o embargo anteriores al suyo y si los hay no se le pagará sino con la diferencia, caso de existir. Es probable que los acreedores embargantes cuyas anotaciones registrales le anteceden no puedan invocar frente al ejecutante preferencia alguna y que en la tercería que se instaure a todos ellos se les ordene pagar a prorrata, pero la ley procesal establece *prima facie* la preferencia, sólo por el orden que aparece en el certificado de gravámenes.

Entre las hipotecas rige el principio *prior tempore potior jure*, pero con respecto al registro de la propiedad inmueble. Este principio no se toma en cuenta cuando el gravamen no se inscribe, aunque se otorgue por escritura pública, no obstante la fecha cierta que tiene este instrumento, por lo que aunque la escritura pública de hipoteca tenga una antigüedad de varios años, no puede prevalecer, si no está registrada, frente a otra hipoteca, debidamente inscrita.

No registrada la hipoteca debe decirse que no existe. Empero ¿qué le queda a quien creyó que bastaba la escritura pública para tener derecho real de hipoteca? Evidentemente, no tiene hipoteca, pero es innegable que es acreedor de una obligación no garantizada con el gravamen de un inmueble. Sin embargo, es una obligación privilegiada, porque consta en escritura pública y las obligaciones de este género tienen preferencia según el art. 112 inc. V de la ley N° 7566, de 2 de agosto de 1932.

Además, puede el acreedor cobrar inmediatamente, sin esperar el vencimiento del plazo, porque el deudor no ha dado la garantía hipotecaria que prometió (art. 1114 inc. 2º cód. civ.).

El acreedor de la obligación garantizada por hipoteca no inscrita no tiene derecho de persecución; tampoco puede invocar preferencia sobre el valor del inmueble que garantizaba la obligación conforme a la escritura pública; pero sí tiene derecho de preferencia sobre el patrimonio del deudor. Si la hipoteca la constituyó un tercero y no el deudor y no se registra, el acreedor no puede dirigirse contra el patrimonio del tercero, sino contra el patrimonio del deudor.

Se ha dejado establecido antes que si la hipoteca no se encuentra registrada, el crédito no tiene ni la preferencia ni el derecho de persecución que le da este derecho real de garantía. Sin embargo, tiene derecho de preferencia porque el crédito consta en escritura pública, que es una de las formas privativas del otorgamiento de hipoteca, y esa preferencia viene consignada en el inciso V del art. 112 de la ley procesal de quiebras N° 7566, de 2 de agosto de 1932.

Pero la hipoteca puede también ser constituida en testamento, según el art. 1012 del cód. civ.; y a este respecto, también habrá de considerarse que la hipoteca tiene preferencia, ya que se puede testar por escritura pública, en cuyo caso la preferencia es obvia, o también se puede testar por testamento ce-

rrado u ológrafo, los cuales se convertirán en escrituras públicas tan luego como se abran y protocolicen mediante el procedimiento señalado en el art. 1228 y ss. del cód. de proc. civ. El art. 695 del cód. civ. ordena la protocolización del testamento ológrafo y ello importa convertirlo en escritura pública.

Se debe concluir entonces que sea que la hipoteca se otorgue por escritura pública, sea que se otorgue en testamento, y no se registre, tendrá la preferencia que le asigna el inc. V del art. 112 de la citada ley de quiebras.

Empero, si la hipoteca se otorgó por testamento ológrafo, una vez diligenciada la protocolización, procede la expedición de partes por el notario, a fin de registrar el gravamen.

B I B L I O G R A F I A

AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil, tome III.

BAUDRY - LACANTINERIE, Précis de Droit Civil, tome III, 5^a éd., 1896.

COLIN y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, tomo II.

CORDEIREO ALVAREZ, Tratado de los Privilegios.

GUILLOUARD, Traité des Priviléges et Hypothéques, tome III, 1898.

HUC T., Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, tome XIII, 1899.

LAFAILLE H., Curso de Derechos Reales (Recopilado por Agüello y Frutos), tomo 2.

PLANIOL - RIPERT y BECQUE, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo XII, ed. castellana.

SALVAT R., Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, 6^a ed., 1940.

Revistas:

“Jurisprudencia Argentina”.

“La Ley”, Buenos Aires.

“La Revista del Foro” (Perú), Órgano del Colegio de Abogados de Lima.

“Anales Judiciales” (Perú).

“Revista de los Tribunales”, Perú. (Extinguida).

Revista “El Derecho”, Perú. (Extinguida).

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, España.