

UN. 1877

Sr. D. Juan Pinilla.

CUESTION JURÍDICA:

UNA HIPOTECA CONVENCIONAL, NO REGISTRADA EN EL OFICIO DE HIPOTECAS, ¿PUEDE TENER ALGUN EFECTO EN PERJUICIO DE UN TERCERO, TAL COMO UN NUEVO ADQUIRENTE DEL FUNDO?

Todos los instrumentos sujetos por la ley á la toma de razon en el oficio de hipotecas, y en los cuales no se ha cumplido con esta formalidad, no dejan, sin embargo, de ser hipotecarios; mas esta hipoteca no puede perjudicar á terceros.
(Artículo 1477 del Código Civil.)

8778

LA PAZ—1877.



Imprenta y Librería de MARIANO C. MARTINEZ—Calle del Comercio y Plaza de Armas.

1 01624 1

DOS PALABRAS.

La cuestion jurídica que, mediante la publicacion de algunas piezas del proceso, esponemos ante la opinion pública, es de vivísimo interes para la sociedad; pues, directamente afecta uno de esos sagrados derechos en cuyo lenguaje todos, desde el letrado hasta el ignorante labriego, se entienden y se esplican: el derecho de propiedad.

Trátase de saber si el que compra una finca libre de toda carga ó gravámen y asimismo la vende, es responsable de una antigua hipoteca convencional que se descubre, pero que no se halla registrada en el Oficio de Hipotecas.

Mas aun: si es hipoteca una mera estipulacion de garantía, que no se refiere á cantidad alguna cierta ni incierta, determinada ni indeterminada, y mediante la cual solo se compromete el valor pecuniario de un fundo, el que, para el efecto, se conviene en no enajenar sin la intervencion del interesado ó acreedor.

Tres clases de hipoteca reconoce la ley.

La *legal ó tácita*, que ocultamente existe sobre ciertos bienes por la sola voluntad de la ley, y así, la mujer casada, por ejemplo, tiene hipoteca sobre los bienes de su marido.

La *judicial ó necesaria*, que resulta de las sentencias pronunciadas por los jueces, y esta se constituye contra la voluntad del propietario; y

La *convencional ó voluntaria*, que depende de los convenios escriturados en que los contratantes expresamente constituyen este gravámen, con ciertas condiciones de especialidad respecto á los bienes, de precision en cuanto á las cantidades de crédito, y de autenticidad y publicidad en las formalidades.

Una de estas es la inscripción, é sea la *toma de razon* en un registro público, establecido en una escribania especial, llamada *Oficio ú Oficina de Hipotecas*.

Tan indispensable es esta formalidad para la validez de una hipoteca convencional, que aun cuando á su constitucion concurren todos los otros requisitos, por la sola falta de éste, tal hipoteca se reputa no existir ante los derechos de un comprador del inmueble, ó de un prestamista que impuso igual reato sobre él pero con la formalidad de que se trata.

Así lo manda la ley, que dispone que aun cuando los instrumentos de hipoteca, faltos de la toma de razon, no dejan de ser hipotecarios, no han de poder, sin embargo, perjudicar á terceros. (*Artículo 1477 del Código Civil*).

A nadie puede ocultársele la mente de esta sabia disposicion:—librar á ese comprador ó á ese prestamista de un gravámen que no pudo serle conocido cuando compró la propiedad ó cuando sobre ella prestó su dinero, y—facilitar, de este modo, el libre comercio de los bienes raíces y todas las transacciones que en ellos se afiancen.

No sucede así con las hipotecas tácitas ó legales, cuya existencia oculta, ha querido el legislador que el interesado averigüe por otros medios distintos del registro, para precaver los perjuicios que pudiera acarrearle.

Pero todas las legislaciones del mundo conspiran hoy á remediar los perniciosos efectos de esta clase de hipotecas, y por esta causa la mayor parte de ellas han recibido reformas que se modelan á este ideal:—trasmision de la propiedad sin mas cargas que las que constan en un registro público;—preferencia entre los acreedores sin mas prelacion que la prioridad de la fecha de la inscripción en el registro.

Ya en Bolivia, pero desgraciadamente bajo la nefanda dominacion Melgarejo, se dió un paso acertado en este sentido: Coyá Melgarejo, y se dió un paso hácia atras.

Pero en parte y para parte de la sociedad boliviana subsiste la reforma: para la sociedad anónima denominada «Crédito Hipotecario de Bolivia» no hay hipoteca, privilegio, ni gravámen alguno, que goce de prelacion en concurrencia con las que ella estipula á su favor, si ante'adamente no se ha inscrito en el *Oficio de Hipotecas*.

No há mucho que el Banco Nacional de Bolivia alarmaba los ánimos con una cuestion: pretendia gozar, como el Fisco, de privilegio y de hipoteca legal sobre los bienes de sus deudores, y con un simple pagaré á su favor exijia ser pagado con preferencia á otros acreedores que tenian escritura hipotecaria de-

bidamenta registrada. Llevado el asunto ante el Gobierno, supo éste dar una resolución que enfrenara tan temerarias pretensiones, con aplauso del público, que esperaba impaciente la hora de saber si era ó no posible comprar una propiedad ó hacer un préstamo sobre ella sin el riesgo de que el Banco la haga rematar para sí.

Como se vé, las leyes, las instituciones y los actos administrativos, acordes con los progresos del siglo, tienden en lo posible, en pro de las garantías de la propiedad, á reparar los gravísimos inconvenientes de esas cargas ocultas, tales como *privilegios é hipotecas legales*, y así, según las mejores legislaciones, tales gravámenes, para producir algun efecto, estan sujetos á la condicion de la publicidad, á la manera de la hipoteca convencional, mediante su inscripcion en el registro público.

Pero la Corte de La Paz (excepto uno de sus magistrados, el doctor Sebastian Calderon) (*) contra todas esas tendencias y aspiraciones del siglo, bien que éstas no debemos merituárselas, pues que en el ejercicio de sus funciones judiciales no era de su estricto deber el considerarlas, pero, lo que es peor, contra el tenor literal de nuestras leyes comunes, contra disposiciones expresas y de todo el mundo conocidas, ha hecho de una *hipoteca convencional no registrada* una verdadera *hipoteca legal* con todos sus odiosos efectos, haciéndolos surtir contra un tercero y sentando de este modo los precedentes de una nueva jurisprudencia, por cierto muy flamante, pero nada razonable y nada celosa de aquellas preciosas garantías.

Algo mas: ha dado por hipoteca una estipulacion en que los contratantes no pactaron tal cosa.

De semejante aberracion, inesplicable como todas las aberraciones, son una prueba las piezas procesales que en seguida publicamos.

La Paz, junio 19 de 1877.

JUSTINIANO DEL CARPIO.

(*). El doctor Peñaranda se inhibió del conocimiento de la causa.

PRIMERA INSTANCIA.

7
Señor Juez de Partido.

Pide se considere este escrito al tiempo de pronunciarse la sentencia—Otro sí.

Pedro José Romero por el Párroco Dr. Manuel Aspiazu en autos con don Manuel Revollo Franco, sobre retención indebida de cantidad de pesos, ante U. digo: que la demanda no puede ser mas oscura; y á fin de ilustrar á este Juzgado, me permitiré hacer una breve exposicion de los antecedentes que han motivado el presente litijio.

En Junio de 1862 el demandante don Manuel Revollo Franco compró de don José María Castillo la mitad de la finca de Corba, garantizando el vendedor (no hipotecando) la evicción y saneamiento con una parte de la finca Chuacollo. Véase la cláusula 5.ª de la escritura de venta á fs. 19 vuelta.

Posteriormente, en junio de 1871, el mismo José María Castillo vendió al curá Manuel Aspiazu una parte de la finca Chuacollo, como libre de toda pensión y gravámen, ó mas bien dicho, sin otro gravámen que el expresado en el certificado de fs. 36 dado por el Notario de Hipotecas. Véase la escritura de venta de fs. 33 vuelta, cláusula segunda.

En 1874, es decir, doce años despues del primer contrato, el presbítero Aspiazu, dueño de una parte de Chuacollo, vendió en pública subasta su propiedad, y cuando el vendedor Aspiazu trataba de recojer su dinero, Revollo que habia guardado un silencio de doce años, despierta como de un letargo, alegando que

la finca de Chuacollo le estaba hipotecada (aseveracion falsa, porque la escritura de fs. 18 habla de garantia no de hipoteca) y concluye su demanda, solicitando que al presbítero Aspiazu, como á vendedor de la finca responsable se le retengan 800 ps.

Tales són los hechos consignados en documentos no contrarios por las partes. Pasemos á tratar de la cuestion bajo su faz jurídica.

¿La simple garantia de una cosa constituye una hipoteca? La garantia es una obligacion en virtud de la cual una persona debe defender á otra de un daño eventual ó indemnizarle de un daño que haya sufrido.

Cesa el gravámen, cuando la cosa que se ha dado por garantia ha pasado á terceras manos; en este caso la accion del garantizado es personal contra el garante, y ella se limita únicamente á perseguir los bienes que hayan quedado al garante.

La hipoteca, al contrario, es un gravámen que sigue á la cosa hipotecada, como la sombra al cuerpo.

Hecha esta distincion, resta saber si la obligacion consignada en la cláusula 5.ª (fs. 19 vuelta) es una garantia ó una hipoteca.

Léase la cláusula, ella dice: «El vendedor (Castillo) garantiza la eviccion y saneamiento (de Corba) con el valor que le corresponde en la finca de Chuacollo.» Luego la obligacion en favor de Revollo, es una garantia, y no una hipoteca, puesto que ni aun se hace mencion de esta última palabra.

¿Qué es hipoteca? y cuales son sus requisitos?

En primer lugar, la hipoteca, segun nuestro Código Civil, es un derecho del acreedor sobre los bienes raices que el deudor le ha obligado para el pago de la deuda» (artículo 1,446). De suerte que en toda hipoteca hay una deuda, un deudor que obliga sus bienes raices, y un acreedor. En el caso presente no hay acreedor ni deudor; no hay mas que una simple garantia de eviccion.

En segundo lugar, para que haya hipoteca convencional, es necesario que la suma sea cierta y determinada (art. 1464 del Civil). En la estipulacion de fs. 19 vuelta, no hay esa suma cierta y determinada que la ley requiere.

En tercer lugar, para que la hipoteca convencional produzca sus efectos legales, es decir, para que siga como la sombra al cuerpo, es preciso, es indispensable que se tome razon en un registro público, creado para este objeto. Es tan necesario el requisito de esta toma de razon, que sin ella no puede haber hipoteca convencional.

El Lejislador, al crear un registro especial de hipotecas, ha

tenido por objeto garantizar la propiedad, á fin de que los adquirentes sepan cuales son los fundos que estan sujetos á este reato y cuales otros son los exentos de este gravámen. De suerte que para tener la seguridad de que un inmueble, materia de un contrato, se halla libre de toda carga, le basta al adquirente ó comprador informarse por medio del correspondiente certificado, de que la propiedad que trata de adquirir no reconoce tal gravámen, aun cuando por otras estipulaciones resulte lo contrario. De otra manera los adquirentes de fundos estarian en la constante zozobra de verse perturbados en el goce y dominio de sus propiedades.

El Código Napoleon, de donde se han tomado nuestras leyes civiles, dice: «La hipoteca debe ser declarada é inscrita en el registro de hipotecas, de otro modo ella no existe respecto de los bienes. (*Le hypotéque doit étre déclarée et inscrite au bureau de la conservation des hypotéques; autrement, elle est al' égard des biens, comme si elle n' existait pas*).

Mas, á que fin citar la legislacion francesa y otras ciento que pudieran citarse á este respecto, cuando nuestro Código Civil (art. 1,477) declara espresamente: «que los instrumentos hipotecarios que no se hayan tomado razon en el registro de hipotecas no pueden perjudicar á un tercero»?

Resulta pues, que aun en el caso estremo de que la garantia dada por Castillo á favor de Revollo fuere una hipoteca, ella no puede, en manera alguna, perjudicar á una tercera persona, como el Cura Aspiazu, por no constar este gravámen en el registro de hipotecas, como lo manifiesta el certificado de fs. 36.

Confundir la garantia de eviccion con la hipoteca, sostener que la hipoteca convencional no necesita de toma de razon en el registro público, es sostener una doble herejia juridica contraria al buen sentido y á todas las legislaciones del mundo.

Vamos á otro caso estremo. Quiero suponer que la garantia de eviccion sea una hipoteca.

«La fianza queda libre, y el acreedor pierde su derecho, cuando éste consiente en que el dador enajene la hipoteca ó la prenda» (art. 4369 del Código Civil). En el caso que nos ocupa, el Sr. Cura Aspiazu compró Chuacollo sin reclamo alguno por parte de Revollo; Aspiazu se mantuvo en quietud y pacifica posesion desde junio de 1871 hasta setiembre de 1874; Revollo tuvo conocimiento de la venta de Chuacollo; consintió en ella; luego ha perdido su derecho, en el supuesto de haberlo tenido. Agrégase á todo esto, que Chuacollo fué designada como una garantia en junio de 1862; la demanda de Revollo fué interpuesta en setiembre de 1874, es decir, á los doce años tres meses, y sabido es que

tanto las acciones personales como las hipotecarias quedan prescritas en este lapso de tiempo.

Pasemos á ocuparnos de la cuestiou principal, á saber:

Si Revollo tiene derecho para pedir la retencion de los ochocientos pesos pertenecientes á Aspiazu.

Prescindamos de racionios, y dejemos que hable la ley. «Solo el acreedor puede, en virtud de instrumento público ó privado, pedir se retengan en manos de un tercero las sumas ó efectos pertenecientes á su deudor (art. 544 del Código de Procedimientos). ¿Revollo es acreedor de Aspiazu?—no lo es—¿Aspiazu es deudor de Revollo?—no lo es, ni hay documento que lo diga. Qué es?—comprador de Chuacollo, y últimamente vendedor. Luego, pues, si Revollo no es acreedor de Aspiazu, ni éste su deudor, mal puede pedir aquel la retencion de sumas pertenecientes á éste.

La Côte Superior de Distrito ha resuelto en este sentido en un juicio análogo entre doña Magdalena Risueño y compartes con doña Melchora Jimenes de Reina.

Doi las mas espresivas gracias al señor Revollo, por haber favorecido á mi parte con la cita del art. 4.º del Decreto de 7 de Enero de 1850. En efecto, esta ley prescribe: «que el secuestro solo puede verificarse, cuando ninguno de los litigantes tenga título de propiedad ni de posesion por mas de un año.» El Cura Aspiazu se ha mantenido en posesion pacífica de Chuacollo por mas de tres años, luego no puede tener lugar el secuestro solicitado.

Asimismo quedo muy reconocido al señor Revollo por la confesion sincera y caballerosa que hace en su escrito de fs. 23 en la parte subrayada, donde dice: que Aspiazu recojió su dinero proveniente de la venta de Chuacollo. Si Revollo tiene la conciencia de que el dinero pertenece á Aspiazu ¿como es que pide su retencion? Error, á mi ver, de buena fé, porque él cree que las palabras garantia é hipoteca son sinónimas, que ambas significan una misma cosa.

Finalmente, nada mas arbitrario en el demandante que el haber designado la suma de 800 ps. como un gravámen que pesa sobre la finca de Chuacollo; pues que ni en la escritura de venta de fs. 18, ni en documento alguno se hace mencion de suma alguna determinada. Basta esta consideracion para que el juicio hubiera seguido los trámites prescritos por el Capítulo 2.º, título 3.º, del Libro 2.º, del Código de Procederes.

Queda demostrado plenamente: primero, que la garantia de eviccion de fs. 19 vuelta no es una hipoteca: segundo, que aun en el supuesto de que fuera hipoteca, ella debia de haberse tomado razon en el oficio respectivo: tercero, que las hipotecas que

carecen de este requisito, no pueden perjudicar á un tercero: cuarto, que no puede pedirse la retencion de una suma perteneciente á un individuo que no es deudor.

Es lo que se ha de servir U. declarar, por ser de justicia etc.

Otro si digo: se me admita en este papel con cargo de reintegro, por falta del que corresponde.

Aroma, Noviembre 9 de 1876.

Pedro José Romero.

SENTENCIA.

En el juicio civil ordinario de derecho, seguido entre partes por una, y como actor don Manuel Revollo Franco, mayor de edad, casado, propietario, del vecindario de Caracato, representado por el procurador Pedro Moscoso, segun el poder de fs. 28; y por otra y como demandados don José María del Castillo, cuyas jenerales se ignoran, y el Cura Doctor Manuel Aspiazu, mayor de edad, natural de la Ciudad de la Paz, y representado por don Pedro José Romero, con el poder de fs. 37; sobre la retencion de ochocientos pesos, resultivos de la hipoteca consignada en la finca Chuacollo.—Vistos el escrito de demanda de fs. 2. citacion personal con la demanda, corriente á fs. 4 vuelta y fs. 7 vuelta, la contestacion á la demanda de fs. 26, auto de contumacia pronunciado contra el señor Castillo de fs. 44 vuelta, los escritos de réplica y dúplica, y todo lo que de hecho y de derecho ver convino: CONSIDERANDO: 1.º que, segun la escritura testimoniada de fs. 17 otorgada en diez y seis de junio de mil ochocientos sesenta y dos, la que segun el art. 271 del Código de Procederes hace plena prueba, don José María del Castillo vendió á don Manuel Revollo Franco la mitad de la finca Corba, garantizándole en la cláusula quinta, la eviccion y saneamiento con el valor que le correspondia en la finca Chuacollo: 2.º que esta garantia establecida sobre un inmueble, como lo es la finca de Chuacollo, es una verdadera hipoteca, de conformidad al art. 1,446 del Código Civil: 3.º que no obstante esto, dicha hipoteca no puede perjudicar al Cura Aspiazu, comprador de la mitad de Chuacollo, segun la escritura de fs. 32, por cuanto que de ella no se ha tomado razon en el oficio de Hipotecas, como aparece del certificado de fs. 36., y de conformidad al art. 1,477 del citado Código Civil: 4.º que

ademas, desde que se constituyó la hipoteca en diez y seis de junio de mil ochocientos sesenta y dos, hasta el tiempo en que es entabló la accion hipotecaria, que lo fué en siete de setiembre de mil ochocientos setenta y cuatro, (escrito de fs. 2), han transcurrido mas de doce años, y por consiguiente, dicha accion ha quedado prescrita, segun el art. 1,550 del repetido Código Civil: 5.º que en semejante caso no ha debido pedirse por la parte del señor Revollo la retencion de los ochocientos ps. de la venta de Chuacollo que últimamente la ha verificado el Cura Aspiazu; y mayormente, cuando esta cantidad, ni otra, ha sido determinada en hipoteca:—**POR TANTO: FALLO** á nombre de la Nacion y la jurisdicción que por ella ejerzo, declarando, como declaro: que la hipoteca demandada por el señor Revollo, no perjudica al señor Cura Aspiazu, tanto por no haberse tomado razon en la Oficina de Hipotecas, cuanto tambien por haberse prescrito la accion hipotecaria, y consiguientemente sin lugar la retencion de los ochocientos pesos, que son de la exclusiva pertenencia de éste, todo con arreglo á las leyes citadas, y el 1464, en su primer inciso, del Código Civil. Y por cuanto subsiste el contrato de eviccion y saneamiento, pactado en la escritura de fs. 17; se declara asimismo, que don José María del Castillo, es el único responsable de las resultas de la venta hecha de la finca Corba, con costas á la parte actora.—Por esta mi sentencia, de la que se tomará razon en el Libro respectivo, asi lo pronuncio y mando, en la Villa de Aroma, Capital de la Provincia de Sicasica, á los veintinueve dias del mes de diciembre de mil ochocientos setenta y seis.—*José S. Solís.*—*Ante mi—Demetrio R. Arrazola.*

SEGUNDA INSTANCIA.

La Paz, abril 25 de 1877.

Vistos en discordia y para dirimirla, llámese al señor Con-
juez Dr. José Rosendo Gutierrez.

*Vea-Murgia—Villanueva—Cardon—Calderon.—Ante mi—
Benjamin Antequera—Secretario de Cámara.*

La Paz, mayo 21 de 1877.

Vistos, en grado de apelacion, considerando que en la es-
critura de venta de fs. 17, otorgada por don José María Castillo
á don Manuel Revollo Franco, de la hacienda de Corba, se asignó
á los efectos de la eviccion y saneamiento, la hacienda de Chua-
collo, afianzándola para el caso previsto del pleito pendiente en-
tre doña Felipa Castillo y la testamentaria de doña Casimira
Telleria con la cláusula prohibitiva de vender Chuacollo hasta
el resultado de este pleito, que en su éxito podia alterar los
derechos de los herederos de la Telleria y las hijuelas que hu-
biesen formado entre ellos, dividiendo los bienes; que en con-
travencion abierta á esta cláusula, que precautelaba los intereses
del comprador don Manuel R. Franco, procedió Castillo á la ven-
ta de la finca hipotecada, sin conocimiento de aquel: que aun
cuando no se tomó razon de la constitucion de la hipoteca, no por
esto ha dejado de existir la hipoteca conforme al art. 1,477 del
Código Civil, puesto que no hay conflicto entre acreedores diver-
sos con derecho hipotecario y por lo mismo no existe perjuicio de
tercero. Considerando que la prescripcion alegada por el deman-
dado Dr. Manuel Aspiazu es inatendible, pues á tener lugar debería
correr el término desde el cumplimiento de la condicion esta-
blecida en la escritura de fs. 17, esto es, desde que hubiese ter-
minado el pleito á que hace referencia segun el art. 748 y el 755
del Código Civil y nunca desde la fecha del otorgamiento de la
escritura, pues estaba subordinada á la condicion prevista en ella:
se rèveca la sentencia de fs. 74 espedida por el Juez de Partido
de la provincia de Sicasica á veintinueve de diciembre de mil
ochocientos setenta y seis, y se declara haber lugar á la retencion
pedida por don Manuel R. Franco de la cantidad de ochocientos
pesos en poder del comprador de Chuacollo como diligencia de se-
guridad á los fines del contrato de venta de la hacienda de Cor-
ba, salvo el derecho del Dr. Aspiazu contra don José María Casti-
llo, para que lo deduzca segun lo viere conveniente y con arreglo

y ley, con lo que quedó dirimida la discordia, sin costas. Tómese razon y devuélvase. (1)

El voto particular del señor Ministro Dr. Sebastian Calderon es el siguiente: considerando que estipulada la garantia de eviccion y saneamiento de la finca de Corba con el valor correspondiente á don José Maria del Castillo en la finca de Chuacollo, segun se vé de la cláusula quinta de la escritura de fs. 17, era deber del comprador don Manuel R. Franco hacer tomar razon de ella en el oficio de hipotecas; que no habiéndolo efectuado así debe sufrir las consecuencias de su omision, conforme al art. 1,477 del Código Civil que dispone, que todos los instrumentos sujetos por la ley á la toma de razon en el oficio de hipotecas y en los cuales no se ha cumplido con esta formalidad, no pueden perjudicar á terceros, entendiéndose por tales no solo los acreedores que concurren á ventilar sus derechos, si tambien un comprador de la finca sujeta á concurso que por un otro contrato celebrado con prioridad haya sido gravada con hipoteca sin la formalidad de la toma de razon: que la prescripcion en que viene apoyada la sentencia de fs. 74 carece de fundamento por las razones espuestas en el precedente auto: que la eviccion y saneamiento de que se habla en ella es tambien fuera del caso por no estar comprendida en la demanda de fs. 10, la que en observancia del art. 369 del Código de Procederes, debió ser resuelta con sujecion á su tenor. En su mérito y sin aceptar los considerando de la recordada sentencia, se confirma ella en cuanto deniega la retencion demandada, sin costas. Tomada razon, devuélvase.

Avelino Vea—Murguia.—Casimiro de la Villanueva—Domingo Cardon—Sebastian Calderon—José Rosendo Gutierrez. Ante mí Benjamin Antequera.—Secretario de Cámara,

SS. Presidente y VV. de la Corte del Distrito.

Interpone en tiempo y forma el recurso de nulidad contra el auto de vista por infraccion de varias leyes espresas y terminantes.

Gerónimo Cáceres, por el señor Párroco Dr. Manuel Aspiazu en autos con don Manuel Revollo Franco sobre retencion de cantidad de pesos, ante Ustedes digo: que he recibido una gran sorpresa con la notificacion del auto de vista de fs. 92, el que, revo-

(1). Resumen de este auto: considerando que Castillo, convino con Franco en no vender la finca de Chuacollo; que Castillo faltó á su compromiso vendiéndola á Aspiazu; que Franco, aunque faltó tambien á su deber omitiendo la toma de razon de la hipoteca, no por eso ha dejado de tenerla, puesto que Aspiazu tampoco alega hipoteca en su favor; por tanto, sufra Aspiazu las consecuencias de las faltas de aquellos dos contratantes, y reténgasele su dinero.

cando la sentencia de fs. 74, encierra una flagrante injusticia, debida sin duda à un error, para mi inesplicable; siendo por tanto nulo y de ningun valor, razon por la que deduzco en tiempo y forma el recurso de casacion, manifestando las infracciones de ley que lo invalidan.

La Corte aparece fundando una nueva jurisprudencia cuyos estraños principios son estos.

Una simple garantia real, por cantidad incierta è indeterminada y no registrada en el oficio hipotecario, constituye una verdadera hipoteca que surte sus efectos contra un tercero.

Ademas de los créditos privilegiados y de las hipotecas legales, exceptuados de la formalidad de la toma de razon, la hipoteca *convencional*, no dispensada de esta formalidad, pero en el caso particular de celebrarse sin ella, es tambien otro de los gravámenes ocultos, que impone responsabilidad à cualquier poseedor del fundo y aun al que de buena fé ha dejado de serlo.

Solo en el caso de concurso entre diversos acreedores hipotecarios es que la hipoteca no registrada no puede perjudicar (posponer) à terceros; en caso de cualquiera otra concurrencia, esa hipoteca defectuosa puede perjudicar (posponer, eliminar) el derecho del tercero.

Los contratos tienen efecto no solo entre las partes contratantes, sino que dañan ó aprovechan à un tercero

Tales son los corolarios que lógicamente se desprenden del mencionado auto, declaratorio de haber lugar à la retencion de los 800 pesos, pedida por don Manuel Revollo Franco.

Se me hace preciso recordar brevemente los antecedentes de la cuestion.

Don José María Castillo, dueño de dos prédios, vende el uno, denominado Corba, à don Manuel Revollo Franco, garantizando con el valor que le corresponde en la finca de Chuacollo (2) (palabras textuales, fs. 19) ademas de la eviccion y saneamiento, las resultas de un pleito que temia el comprador, y prohibiéndose al efecto enajenar este segundo predio sin prévio aviso à Revollo Franco. Este señor, omite la toma de razon en el oficio de ley. Posteriormente, Castillo vende el predio Chuacollo, asegurando no tener el reato mencionado, al señor Cura Aspiazu, quien lo compra con este convencimiento, mediante el informe obtenido en aquel oficio. Despues, el señor Aspiazu vende en pública subasta su propiedad de Chuacollo y cuando está ya para recibir su dinero de manos del rematador Urquieta, pide Revollo Franco la retencion de 800 pesos por las resultas del pleito que se habia previsto.

(2) Que era el otro predio.

¿No es verdad que Revollo Franco había perdido ya su garantía sobre Chuacollo, tanto por su omisión de la enunciada toma de razón, cuanto por su permisión de enajenar la finca?

Esta sencilla cuestión que el sentido común resuelve por la afirmativa, está también prevista y resuelta por las disposiciones de la ley, las que luego señalaré como violadas, y de las cuales se derivan las siguientes conclusiones, clara y suficientemente demostradas así en primera como en segunda instancia; á saber:

Que lo estipulado en la cláusula 5.^a de la escritura de fs. 17 no es una hipoteca sino una simple garantía, lo cual es muy distinto. (3)

Que aun cuando fuera una hipoteca, ella es nula por no haberse fijado una cantidad cierta y determinada.

Que aun cuando fuese válida, semejante hipoteca sin la formalidad del registro, no puede perjudicar, esto es, posponer el derecho de un tercero, como es el señor Párroco Aspiazu.

Que lo pactado entre don José María Castillo y don Manuel Revollo Franco en la escritura de fs. 17, no produce en favor de este señor y contra el Párroco Aspiazu, expropietario de Chuacollo, ni la acción real, ni la personal, ni otra alguna que se conozca en derecho.

La síntesis de estas conclusiones es, como tengo dicho: que Revollo Franco había perdido su garantía basada en Chuacollo desde el instante en que pasó esta finca de la propiedad de Castillo á la de Aspiazu sin la formalidad del registro hipotecario.

La Corte ha tenido á bien fallar contra este último; mas ¿cómo pudo hacerlo sin infringir un cúmulo de leyes? Muchas son en efecto las expresas y terminantes que ha violado en su auto de vista, y paso á señalarlas, pero no sin hacer antes la debida justicia al magistrado Dr. Sebastian Calderon, que salvó su voto, fuendándolo en la ley y con un raciocinio propio de un intelijente y experimentado jurisconsulto.

Hè aquí las leyes quebrantadas.

1.^o El artículo 1,449 del Código Civil, que haciendo depender la existencia de una hipoteca convencional de *la forma exterior de las escrituras*, previene con sus correlativos 1468, 1473 y 1475 que el gravámen llamado *hipoteca* ha de ser expreso y auténtico mediante el registro establecido al efecto. (4) La Corte

[3]. He aquí el tenor de esa cláusula: «5.^o El vendedor (Castillo) garantiza la evicción y saneamiento con el valor que le corresponde en la finca de Chuacollo, especialmente las resultas de un litis promovido por doña Felipa del Castillo con la pretension á los bienes comunes de la testamentaria de don Casimira Telleria, bajo el título de hija natural de don Manuel del Castillo.» «En su consecuencia no podrá ser enajenada sin previa noticia del comprador»

[4]. Art. 1.449 del Código Civil: «La (hipoteca) voluntaria ó convencional es la que depende de las convenciones voluntarias y de la forma exterior de las escrituras en contratos ó testamentos.»

al calificar de hipoteca la estipulación de la cláusula 5.^a de la escritura de fs. 17, ha pasado por alto sobre la ausencia absoluta de las formas propias con que se constituye aquel gravamen. Cerrando los ojos ante esos defectos, no ha visto que la supuesta hipoteca no solo carece de esas formas que son condicion de su existencia, mas tambien que ni es el mismo inmueble de Chuacollo lo que en dicha cláusula se ofrece como garantía, sino el *valor* que mediante su venta se pensaba recoger de la finca. Asi se explica la condicion de la *previa noticia* á Revollo Franco para la enajenacione de Chuacollo, y solo así se comprende la omision de etse interesado, respecto del registro ó toma de razon. (5).

2.^a El art. 1467 del mismo Código, que dice: «la hipoteca convencional no es válida sino en cuanto que la suma por la que se ha constituido es cierta y determinada.» (6.) ¿Me será preci-

Art. 1.468: «Los escribanos de hipotecas tendrán un libro en donde se tomara razon de todas las sentencias, instrumentos y ventas de bienes raíces, ó consideradas por tales, que esten con alguna carga, ó que tengan espresa hipoteca ó gravamen.» (Institucion para la forma exterior de las escrituras hipotecarias).

Art. 1.473: «Ejecutado el registro, pondrá el escribano en el instrumento exhibido la nota siguiente:—«Tomada razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos, en el dia de hoy». Concluirá con la fecha, y firmándola «devolverá.» etc. (Forma exterior).

Art. 1.475: «Están exseptuados de la formalidad de toma de razon los créditos privilegiados: lo están igualmente las hipotecas legales, cuya data debe resultar de los respectivos instrumentos ó títulos». [Luego no lo están las hipotecas convencionales].

(5). En efecto, fué simplemente el dinero ó producto de la venta de Chuacollo lo que en dicha cláusula 5.^a se comprometió; porque si así no fuera ¡no es verdad que esa prohibicion de vender Castillo aquella finca sin previa noticia de Revollo Franco, habria sido una superfluidad incomprensible? Pero lejos de conceptualarla así, los mismos contratantes la declaran una consecuencia del pacto de garantía. Léase con detencion toda la cláusula y se verá que así como la frase referente al *valor* de la finca de Chuacollo explica el objeto ó fin de la otra, relativa á la *previa noticia*, así tambien esta explica el sentido de la palabra *valor*, usada en aquella como sinónimo de dinero ó producto de venta.

En las convenciones,—dice el artículo 737 del Código Civil, que es otra ley infringida por la Corte,—se debe averiguar cual ha sido la comun intencion de las partes, mas bien, que sujetarse al sentido literal de los términos. Pues bien, buscando esa comun intencion en la cláusula 5.^a de que se trata, se descubre esta: Castillo garantiza á Revollo con una parte del dinero que vale ó valga la finca de Chuacollo, y por tanto, no la venderá sin darle anticipado aviso. No se deduce otra cosa de la íntima conexion que hay entre estas dos ideas—valor en la finca de Chuacollo,—previa noticia para realizar ese valor.

Contra la intencion de la hipoteca hay las circunstancias siguientes: 1.^a que los contratantes ni mencionan siquiera esa palabra; 2.^a que no fijan cantidad alguna; 3.^a que no proceden á la toma de razon; 4.^a Que Castillo vendé Chuacollo como libre de hipoteca; y otras muchas que se desprenden de la manera como Revollo Franco entabla y sostiene su accion en juicio.

Però suponiendo que aun fuera dudoso el pensamiento de los contratantes, la duda está salvada por la regla establecida en el artículo 742 del Código Civil que dice: «En caso de duda, la convencion se interpreta contra el que ha estipulado y á favor del que ha contraido la obligacion.» En el caso de que se trata, quien estipuló, quien exigió la garantía? Revollo Franco. Quién contrajo la obligacion de garantizar? Castillo. Revollo Franco pretende que hay hipoteca; Castillo ha sostenido que no la hay; cómo se resuelve? En favor de Castillo. Entonces, concluyamos que no hay tal hipoteca.

so demostrar aquí la trasgresion de la Corte, dando por válida la llamada hipoteca de fs. 19, que no se refiere á cantidad cierta y determinada, á cantidad alguna?

3.º El art. 1477 del mismo, contra cuyo tenor tan claro, tan terminante y decisivo se ha cometido la infraccion mas inconcebible de las que voy enumerando, la trasgresion mortal de la justicia en la presente causa. Este artículo, que supone el caso mas desfavorable á mi representado, esto es, el caso de una neta y propia hipoteca, una que sea expresa, por cantidad cierta y determinada y á la que solo falte la toma de razon; este artículo, digo, absuelve al señor Aspiazu, porque dice: «mas esta hipoteca no puede perjudicar á terceros». Y no es que la Corte olvidaba esta disposicion: al contrario, la tenia presente y la esplicaba. Pero la ha explicado de una manera harto desconocida en nuestro foro. ¿De donde viene aquella estraña teoría de que en este caso subsiste la hipoteca, «puesto que no hay conflicto entre acreedores diversos con derecho hipotecario y por lo mismo no existe perjuicio de tercero?» ¿Acaso la ley distingue nada de esto? Con que ¿no se perjudica aquí un tercero, cual es el Párroco señor Aspiazu, á quien se le retiene 800 pesos de su dinero. no se sabe hasta cuando? En el artículo de que me ocupo todo es claro y terminante, inclusa la nota con que bajo el N.º. 165 lo explica el Dr. Jaime Zamorano, la que tambien compulso en favor de mi representado. Entre tanto la Corte lo ha violado temerariamente. (7.)

4.º el art. 745 del mismo, que como principio general del que el anterior no es mas que una consecuencia, resulta tambien

[6]. Rogron, comentando estas palabras *cierta y determinada*, dice: «Consecuencia del sistema de especialidad y de publicidad de las hipotecas: estas disposiciones serian ilusorias si los terceros no pudieran conocer la cantidad (cuota, cupo, cuota) del crédito.» Tanto en nuestro Código como en el Napoleon, el artículo citado continua así: «Si el crédito resultante de la obligacion es condicional para su existencia, ó indeterminado en su valor, el acreedor no podrá pedir la toma de razón, de que se hablará despues, sino hasta la concurrencia de un valor estimativo, declarado por él expresamente, y que el deudor tendrá derecho de hacerlo reducir, si hubiere lugar.» Todo lo cual quiere decir que siendo el crédito de Revollo Franco *condicional para su existencia é indeterminado en su valor*, puesto que dependia de un litigio cuya cuantia ó cantidad precisa se ignoraba, es claro que á ese señor, para gozar de hipoteca, le era indispensable declarar un *valor estimativo*, lo cual omitió.

[7]. El artículo íntegramente dice así: «Todos los instrumentos sujetos por la ley á la toma de razon en el oficio de hipotecas, y en los cuales no se ha cumplido con esta formalidad, no dejan, sin embargo, de ser hipotecarios; mas esta hipoteca no puede perjudicar á terceros.» Y el doctor Zamorano lo anota con los términos siguientes: «Como el oficio de hipotecas se estableció para evitar estelionatos, pleitos y perjuicios á los compradores é interesados en los bienes hipotecados, como dice la ley 3.ª tit. 16, lib. 10 de la Nov. Rec., conforme con el Código frances, de que está copiado el nuestro, nos parece que en la palabra *terceros* de que usa este artículo, se comprenden así los prestamistas sobre inmuebles como los adquirentes de ellos. El fin que se propuso el legislador de esta institucion, fué de interes público, para garantir el crédito territorial, fomentando su trasmision y circulacion, é inspirando en los prestamistas y compradores la confianza de que su acreencia ó su compra les será cierta y segura.»

quebrantado. Este artículo establece que los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes y que no dañan ni aprovechan á un tercero, y de él nace la disposicion de que una hipoteca no registrada, es decir, no conocida, ni menos aceptada por el tercero, no puede imponerle responsabilidad; porque, en caso contrario, la toma de razon compromete la aceptacion del tercer adquirente, y así éste ratifica ó reconoce el gravámen. De aquí resulta que la llamada hipoteca de fs. 19, sin su correspondiente registro, fué un contrato esencialmente personal, que no puede trascender contra el señor Cura Aspiazú; pero la Corte, infringiendo el citado artículo, quiere que tenga semejante efecto, y de esta manera hace á mi representado culpable, ó del descuido de don Manuel Revollo Franco, que omitió la toma de razon, ó de la deslealtad de don José María Castillo que vendió Chuacollo sin el previo aviso convenido; ó bien, de una supuesta infidelidad, pues quizá hubo comun consentimiento de ambos para dicha enajenacion, lo cual, en mi concepto, es un hecho fuera de duda.

5.º El art. 162 del Código de Procedimientos, segun el cual el demandante Franco, no tiene accion alguna, real ni personal, contra mi representado, así porque jamás contrajo esta obligacion en favor de aquél, como porque no posee ni ha dejado de poseer dolosamente el inmueble que se dice estar gravado. La Corte, al dár á Franco derecho para hacer retener los 800 pesos en cuestion, ha quebrantado ese artículo, como tambien el 544 del mismo Código.

Tales son las leyes expresas y terminantes que señalo como infringidas. No me guía el prurito de acumular citas sobre citas, que en semejantes casos se advierte en los litigantes perjudicados. Me asiste la conviccion de que bien examinadas las disposiciones que he citado, á la vez que el proceso, el letrado y el que no lo es, descubriría su manifiesta violacion en el auto de vista; y por ello, abrigando la esperanza de que el Supremo Tribunal Nacional sabrá reparar ese quebrantamiento, dando á cada uno lo que es suyo, interpongo el recurso de casacion contra dicho auto, de conformidad con los artículos 1410 del Código de Procedimientos, 3º. de la Ley de 24 de setiembre de 1851 y demás que les son relativos.

Por tanto ruego á Ustedes se sirvan tramitarlo y remitir el expediente á la Corte Suprema.

Será justicia.

La Paz, de junio de 1877.

Justiniano del Carpio. — Gerónimo Cáceres.