

tema ha disminuido, pero no ha desaparecido; mientras que en el sistema propuesto por el ministerio desaparecía completamente. El privilegio se consideraba por la transcripción, se hacía público desde el mismo día en que la propiedad se consolidaba á favor del nuevo adquirente; el privilegio que grava la propiedad es del conocimiento de todos en el momento en que el adquirente se hace propietario con respecto á los terceros, es decir, desde el momento en que los terceros pueden tratar con él. (1)

En este sistema, que es el de nuestra ley, no se puede tratar de la retroactividad del privilegio. No hay plazo fijo para la transcripción; luego no lo hay tampoco para la conservación del privilegio. Este se hace público al mismo tiempo que el acta translativa ó declarativa de propiedad de donde procede; antes de la transcripción no hay translación de propiedad con respecto á los terceros; no hay, pues, privilegio que conservar á su respecto, la propiedad no está transferida con relación á los terceros más que por la transcripción, y ésta también conserva el privilegio. Antes de la transcripción no hay privilegio; el privilegio nace, con relación á los terceros, á partir de la transcripción.

84. El nuevo sistema modifica mucho el privilegio tal como está definido por el art. 12 si se entiende la definición en el sentido de que es de naturaleza del privilegio operar con efecto retroactivo. Todos los privilegios consagrados por la Ley Hipotecaria se conservan por la transcripción, exceptuándose el privilegio del arquitecto; éste no retrotrae en el sentido de que no quita á los acreedores hipotecarios un derecho que han adquirido, recae en un valor que el arquitecto crea y en el cual los acreedores anteriores no tenían ningún derecho. En cuanto á los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y del copar-

1 Sesión de la Cámara de Representantes de 4 Febrero de 1851 (Parent, página 279).

tecipe no existen con relación á los terceros más que á partir de la transcripción, y es también á partir de este momento desde el que los terceros pueden adquirir derechos sobre el inmueble gravado con el privilegio; no pueden, pues, adquirir derechos sino hasta que se haga público el privilegio. De aquí se sigue que sus derechos son posteriores al privilegio; si éste los prevalece es menos en razón de la calidad del crédito que en razón de la publicidad que recibe. Luego no se puede decir que el privilegio prevalece á las hipotecas en razón de su calidad, les prevalece porque en el sistema de la nueva ley es necesariamente anterior á las hipotecas que los terceros pueden adquirir en el inmueble gravado con el privilegio.

No hay más que un privilegio que prevalece á las hipotecas anteriores: es el de las costas judiciales. Mejor dicho, la existencia de este privilegio implica los créditos anteriores, sin los cuales no se concibe. Nada hay de retroactividad en este privilegio; los créditos hipotecarios y privilegiados están obligados á hacer gastos de conservación, de liquidación y de distribución para realizar su derecho de preferencia, deben naturalmente sufrir los gastos que se hagan en su interés.

El sentido que damos al sistema de conservación de los privilegios, tal como está consagrado por la nueva ley, no puede ser contestado; esta no es nuestra interpretación, es la ley interpretada por el que la propuso, por el Ministro de Justicia. Pero la aplicación no deja de tener dificultad. Se necesita distinguir entre los actos translativos de propiedad y la división.

§ IV.—APLICACION DEL PRINCIPIO A LOS PRIVILEGIOS QUE NACEN DE UNA ACTA TRANSLATIVA DE PROPIEDAD.

85. Hay tres privilegios que nacen de actas translativas
P. de D. TOMO XXX—11

de propiedad: las del vendedor, del cambista y del donante. Aplicaremos el nuevo principio al privilegio del vendedor, el único que se usa. Lo que digamos del vendedor se aplica literalmente al cambista y al donante, puesto que la venta, el cambio y la donación son actos de naturaleza idéntica bajo el punto de vista de los privilegios y de su conservación.

Cuando el comprador transcribe el acta de venta antes de hacer ningún acto de disposición de la cosa vendida la aplicación de la ley nueva no levanta ninguna dificultad. Ordinariamente el comprador transcribirá inmediatamente porque está interesado en ello. Si no lo hace corre el riesgo de ser víctima de la mala fe del vendedor, pudiendo éste vender á un segundo adquirente, el que al transcribir será propietario con respecto á los terceros. El adquirente aun tiene otro interés en transcribir desde luego su acta de venta: es que si quiere ejecutar un acto de disposición cualquiera, enajenar, hipotecar, no hallará á nadie que quiera tratar con él en tanto que no transcriba, puesto que hasta la transcripción no es propietario con relación á los terceros; si, pues, está en el caso de hipotecar la primera condición que le impondrá el prestamista será que haga transcribir su acta de adquisición. En este sentido decimos que ordinariamente la transcripción precederá á todo acto de disposición que hiciera el comprador. Y en esta hipótesis la preferencia del vendedor está asegurada por la transcripción que conserva su privilegio con relación á todo tercero, y especialmente con relación á los acreedores hipotecarios posteriores; se les prefiere no en razón de la calidad de su crédito sino de la publicidad dada á su privilegio; se puede, pues, decir que el vendedor está inscripto antes que los acreedores á los que el comprador concede una hipoteca y les prevalece por la primacía de su inscripción.

86. El comprador puede no transcribir y consentir una

hipoteca sin que el acreedor exija que el deudor comience por transcribir su acta de adquisición. Esta es una gran imprudencia por parte del comprador y de los terceros que contratan con él; rara vez sucederá que las partes traten así á la ligera. Es sin duda por esto por lo que la cuestión no se presentó ante los tribunales después de la publicación de la nueva ley. Debemos, sin embargo, preveer la hipótesis, puesto que da lugar á grandes disensiones en la doctrina. El comprador no es propietario para con los terceros mientras no ha transcripto. Transladamos acerca de este punto á lo que ha sido dicho de la transcripción. No siendo propietario no puede hipotecar; la hipoteca que consiente no puede, pues, ser opuesta á los terceros. Esto es también incontestable. ¿Puede oponerse al vendedor? En nuestro concepto no. Mientras que el comprador no ha transcripto el vendedor permanece propietario del inmueble para con los terceros; puede, pues, hipotecarlo, y esta hipoteca podría seguramente oponerse al comprador; si la hipoteca constituida por el vendedor es válida contra el comprador es imposible que la hipoteca consentida por el comprador pueda ser opuesta por el vendedor; sólo hay una persona que puede hipotecar el inmueble: es el propietario; si el vendedor puede hipotecarlo es porque permanece propietario mientras que no hay transcripción. ¿Y puede uno prevalecerse contra el propietario de una hipoteca consentida por otro que no sea él? Esto no tiene sentido.

Se objeta que este sistema sacrifica los derechos del poder hipotecario, el que puede ser de buena fe, al vendedor que necesariamente es de mala fe. La objeción es poco seria; no se trata de buena fe en el caso; el acreedor hipotecario que trata como un adquirente sin exigir que éste transcriba ante todo el acta de adquisición comete una grave imprudencia; si el vendedor enajenase y que el acta de venta se transcribiera el segundo adquirente lo despojaría

apesar de su buena fe; tampoco puede prevalecerse de su buena fe contra el vendedor apesar de la mala fe de éste; el vendedor permanece propietario para con los terceros; luego para con los acreedores hipotecarios del adquirente.

Aquí se nos detiene; el comprador, se dice, es propietario para con el vendedor; luego para con éste puede hipotecar y, por tanto, la hipoteca puede ser opuesta al vendedor. Contestamos que esto es hacer una falsa aplicación de un principio verdadero. La propiedad se transfiere entre las partes por el sólo efecto del contrato; esto quiere decir que la venta produce todos sus efectos entre el vendedor y el comprador, aunque no haya sido transcripta. Pero no tiene efecto para con los terceros, y el acreedor hipotecario es un tercero; lo que decide la cuestión.

Todavía se da otra forma á la objeción. El acta no transcripta no puede ser opuesta á los terceros; el vendedor, se dice, no es seguramente un tercero respecto al comprador; luego no puede prevalecerse de la falta de transcripción contra el comprador ni contra los legatarios de éste. Contestamos que los *legatarios* están demás en este argumento; en efecto, son terceros en el sentido de que no han figurado en el acta. Si los legatarios son terceros para con el vendedor éste lo es también para con ellos. Se dice en vano que el vendedor nunca puede prevalecerse de la falta de transcripción, puesto que ésta sólo fué establecida por interés de los terceros. La objeción no tiene en cuenta el papel que la transcripción desempeña en la conservación del privilegio del vendedor. Este privilegio se conserva por la transcripción; no quiere esto decir que si la transcripción se hace el privilegio del vendedor está conservado; quiere también decir que mientras la transcripción no ha sido hecha no hay lugar á conservar el privilegio, porque éste no existe realmente para con los terceros sino cuando el acta de venta fué transcripta (núm. 183). Has-

ta entonces no siendo el comprador propietario para con los terceros el vendedor no puede tener privilegio contra éstos, puesto que él es el que es propietario para con ellos, y el vendedor no puede tener privilegio en su propia cosa; el derecho del propietario no puede estar comprometido por una hipoteca que el comprador no tenía el derecho de consentir; si, pues, el acreedor hipotecario quisiera obrar hipotecariamente contra el vendedor éste lo rechazaría no en virtud de su privilegio sino en virtud de su derecho de propiedad.

En estos términos es como se expresa el relator de la comisión del Senado. «Si la venta no está transcripta, dice el Sr. d'Anethán, el privilegio no puede existir, puesto que la misma venta no existe para con los terceros.» (1) La comisión especial decía la misma cosa en el sistema de realización que había propuesto: «Si el comprador no hizo realizar su título (ó, según nuestra ley, no lo transcribió) la transmisión de la propiedad no puede operar para con los terceros; el comprador no pudo, pues, conceder derechos reales en el bien en perjuicio del privilegio del vendedor.» (2)

87. La cuestión que acabamos de discutir está controvertida. Todo el mundo admite que el acreedor hipotecario, en el caso, no puede oponer su hipoteca al vendedor; pero los autores no están acordes en el motivo de decidir. (3) Hay una interpretación enteramente diferente de la que hemos adoptado: se basa en la retroacción del privilegio ó, si se quiere, en la nulidad del privilegio que, por su naturaleza, prevalece en el acreedor hipotecario. (4) Esta in-

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 409).

2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 36).

3 Véase en el sentido de nuestra opinión, Valette, Del efecto ordinario de la inscripción en materia de privilegios sobre los inmuebles, ps. 89 á 93; Troplong, Privilegios, núm. 276; Cloes, t. I, p. 491, núm. 806.

4 Martou, t. II, p. 256, núm. 641. Arntz, Curso de derecho civil, t. II, página 698, núm. 1711.

interpretación está en oposición con el principio de la conservación de los privilegios tal como fué explicado por el Ministro de Justicia que lo propuso; está en oposición con el espíritu de nuestro régimen nuevo en la transmisión de la propiedad tal cual fué expuesta por la comisión especial (núm. 86). Se supone que el comprador consiente una hipoteca antes de haber transcrita el acta de adquisición y que el acreedor ejerce su derecho hipotecario; ¿el vendedor puede pedir la preferencia sobre el acreedor hipotecario en virtud de su privilegio? Es así como se presentó la cuestión. Y mientras que el acta de venta no fué transcrita no hay transmisión de la propiedad, no hay privilegio; luego no puede tratarse de ejercer un privilegio. Para con los terceros no hay vendedor privilegiado, sólo hay un propietario; es, pues, como propietario como el vendedor interviene; supone al acreedor hipotecario no su privilegio sino su derecho de propiedad. Tales son los principios formulados en las relaciones de las comisiones. La explicación que combatimos es, pues, contraria al espíritu de la ley tal cual fué interpretada por los mismos autores de la Ley Hipotecaria.

88. Se dirá que no es así como pasaron las cosas. Si el inmueble está expropiado el vendedor se presentará como acreedor privilegiado haciendo transcribir el acta de venta, y desde que el privilegio está publicado prevalece á la hipoteca, y desde que se hizo la transcripción la propiedad quedará adquirida al adquirente para con los terceros y el vendedor tendrá su privilegio. Habrá, pues, conflicto entre el acreedor hipotecario inscripto antes de la transcripción y el vendedor cuyo privilegio fué conservado por la transcripción posterior á la inscripción de la hipoteca. ¿Quién prevalecerá? Decimos que el vendedor no porque su privilegio retrotrae ni por la calidad de su crédito sino porque su privilegio es, en realidad, anterior á la hipoteca. En efec-

to, ¿á partir de qué momento existe la venta y, por tanto, la partición? A partir de la transcripción. ¿Y cuál es la fecha real de la hipoteca? Fué inscripta antes de la transcripción del acta de venta; pero la inscripción de una hipoteca que no tiene efecto para con los terceros no le puede dar efecto, pues la transcripción sólo es la manifestación de un derecho de que supone la existencia. La hipoteca sólo existe, á decir verdad, á partir del momento en que el acta de venta ha sido transcrita; luego la hipoteca no se vuelve eficaz más que por esta transcripción; apesar de la anterioridad de la inscripción la hipoteca tiene una fecha posterior á la transcripción, luego el privilegio del vendedor prevalece á la hipoteca sin ninguna retroacción, no en virtud de la calidad del crédito sino porque es anterior á la hipoteca. Según el rigor de los principios la inscripción es hasta radicalmente nula ó inexistente; no se puede inscribir una hipoteca que no existe. Esta inscripción, por su fecha, podría engañar á los terceros. Puesto que es inexistente el acreedor tendrá que tomar nueva inscripción, la que será prevalecida por la transcripción anterior del acreedor hipotecario, transcripción que vale inscripción.

89. Se presenta una cuestión análoga en la que hay igualmente controversia. El comprador revende el inmueble sin haber transcrita el acta de adquisición; el subadquirente transcribe. ¿Se pregunta lo que sucede con el privilegio del vendedor primitivo? Si se aplican los principios tal cual acabamos de exponerlos según los trabajos preparatorios la solución será muy sencilla. No habiendo sido transcrita la primera venta el adquirente no se convirtió en propietario para con los terceros; para con ellos la propiedad está siempre en poder del vendedor. Luego el comprador que revende la cosa no puede transcribir la propiedad para con los terceros; no siendo propietario para con éstos no puede transmitir al comprador un derecho que él

mismo no tiene. De esto se sigue que el vendedor primitivo permanece propietario para con el subadquirente; éste no puede, pues, oponerle su derecho de propiedad. En vano se objeta que el vendedor no es un tercero y que no puede prevalecerse de la falta de transcripción. Contestaremos lo que ya hemos contestado (núm. 86): que el vendedor permanece propietario para con los terceros; que no hubiera podido, por consiguiente, transferir la propiedad á un subadquirente que le opone su derecho de propiedad; y es imposible que el subadquirente oponga su derecho de propiedad al que no es propietario para con él y que hubiera podido transmitírsela. Contestamos también, bajo el punto de vista de los privilegios, que no se trata del decaimiento del privilegio, puesto que no habiendo sido transcripta la venta el vendedor ha permanecido propietario y no es acreedor privilegiado; es en virtud de su derecho de propiedad como rechaza á los terceros adquirentes y no en virtud de su privilegio; no puede perder un privilegio que no existe cuando la transcripción no se hizo. Si se objeta que esto es sacrificar el interés del tercero adquirente al interés del vendedor repetiremos lo que hemos dicho del acreedor hipotecario; los terceros no deben tratar con un propietario cuyo título de adquisición no ha sido transcripto; si tratan con él deben sufrir las consecuencias de su imprudencia. Esta es la contestación que hace la comisión especial en su informe, en el que la cuestión ha sido prevista. Transcribimos el informe en apoyo de la doctrina que sostenemos en estas materias difíciles, porque estamos en oposición con Martou, el excelente comentador de nuestra Ley Hipotecaria, que no tuvo cuenta alguna de los trabajos preparatorios. (1) Esto es ir demasiado lejos; si los informes de las

1 Martou, t. II, p. 257, núm. 642. En sentido contrario, Valatte, *Del efecto de la inscripción en materia de privilegios*, ps. 92, seguido por Cloes, t. I, página 507, núm. 830. La opinión de Martou es generalmente aceptada.

palabras del Ministro no dan la ley, sirven cuando menos, para explicarla.

Hé aquí lo que dice la comisión especial: «Se ha preguntado si el vendedor puede aún ejercer su privilegio en el bien vendido cuando el comprador que no ha pagado el precio y que no transcribió su título ha revendido el bien á otro que lo transcribió después de haberlo pagado.» Después de hacer constar que la cuestión está controvertida, la comisión agrega: «Todas las dificultades desaparecen con el proyecto de la comisión. De dos cosas una. O el comprador no hizo *transcribir* su título, y en este caso la transmisión no puede operar para con los terceros; *no pudo, pues, conceder derechos reales en el bien en perjuicio del vendedor.* (1) O bien el comprador *transcribió* su título, y en este caso no hay ninguna dificultad y todos están acordes.

§ V.—APLICACIÓN DEL PRINCIPIO A LOS PRIVILEGIOS QUE NACEN DE LA PARTICIÓN.

90. La ley aplica al privilegio del copartícipe el principio que rige los privilegios del vendedor, del cambiista y del donante. No hace ninguna diferencia entre los privilegios que nacen de las actas translativas de propiedad y los que nacen de actas declarativas de la misma. En la teoría de la nueva ley todas estas actas están igualmente sometidas á la transcripción, y como la transcripción de las actas hace públicos los privilegios que resultan de ellas el legislador ligó la conservación de los privilegios á dicha publicidad, sin distinguir entre la partición que sólo declara la propiedad y las actas que la transfieren. No se puede decir de la partición lo que acabamos de decir de la venta: que los privilegios quedan conservados en el momento mismo en que el copartícipe se convierte en propietario

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 36).