

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).

para con los terceros, pues no adquiere la propiedad con la partición; esta acta sólo declara que ha sido siempre propietario de los bienes de su lote á partir de la indivisión. Así es que no es para dar á conocer la mutación que se operó en la propiedad por lo que la partición debe transcribirse, es para darles á conocer que la indivisión cesó y que no pueden ya tratar con los comuneros como propietarios de todos los bienes que tenían indivisos entre ellos; que sólo pueden tratar con ellos como propietarios exclusivos de los bienes que recogieron de la partición. Es cuando la indivisión cuando los comuneros se han vuelto propietarios, y este estado de indivisión no siempre se publica, no estando el hecho más frecuente de que resulta la herencia sometido á la transcripción. Hay, pues, una diferencia de principio muy grande entre el objeto de la publicidad cuando se trata de actas translativas de propiedad. Y el efecto difiere también considerablemente. El legislador no tuvo en cuenta esto y asimiló completamente la venta y la partición. Pero la aplicación del principio suscita dificultades; debemos señalarlas aunque no presenten interés práctico; importa siempre al derecho precisar los principios. Hay que distinguir desde luego, como lo hemos hecho con la venta, si la partición está transcrita ó si no lo está.

Núm. 1. De la conservación del privilegio cuando la partición está transcrita.

91. La partición está transcrita. Resulta un privilegio de saldo en favor del primer copartícipe en el inmueble comprendido en el lote del tercero. Se establecen unas hipotecas en estos muebles posteriormente á la partición; ¿cuál será su efecto para con el acreedor privilegiado? A partir de la transcripción de la partición los copartícipes dejan de ser comuneros para con los terceros; no pueden

ya enajenar ó hipotecar más que los inmuebles caídos en su lote. Si, pues, un hipoteca está consentida por un copartícipe en inmuebles que no están comprendidos en su lote la hipoteca es nula y, por consiguiente, no puede haber conflicto entre el acreedor hipotecario y el acreedor privilegiado. Para que la cuestión del concurso pueda presentarse es necesario suponer, en el caso, que la hipoteca ha sido consentida por el tercer copartícipe. El acreedor hipotecario será preferido por el acreedor del saldo, no por razón de la calidad del crédito privilegiado sino porque el privilegio que implica una hipoteca privilegiada es anterior á la hipoteca y fué conservado antes de que la hipoteca existiera. Esta es la aplicación del art. 81 (Código Civil, art. 2134). «Entre acreedores la hipoteca no tiene rango más que desde el día de la inscripción tomada en los registros del conservador.» La hipoteca está, pues, necesariamente preferida por el privilegio inscripto anteriormente; y para los privilegios la transcripción vale inscripción.

92. Acerca de este punto no hay duda. Pero hay algunas dificultades si la hipoteca fué consentida por el tercer copartícipe durante la indivisión en un inmueble que cayó en su lote. Suponemos siempre que resulta de la partición un saldo en el inmueble. Si la hipoteca hubiera sido consentida por otro copartícipe caería y se consideraría como inexistente, puesto que hubiera sido constituida por un copartícipe que nunca tuvo derecho en el inmueble. En nuestra hipótesis la hipoteca es válida, puesto que el copartícipe que la estableció está considerado como haber sido siempre propietario del inmueble. Esto es la consecuencia del principio de que la partición es declarativa de propiedad. Hay en este caso conflicto entre el acreedor hipotecario y el acreedor privilegiado. La hipoteca ha sido inscripta durante la indivisión; tiene, pues, un lugar anterior al privilegio publicado y conservado por la inscripción del acta de

partición. Si se atuviera uno á los principios que fijan el lugar de las hipotecas entre sí por la fecha de su inscripción habría que decidir que la hipoteca prevalece al privilegio. Creemos también que el privilegio está preferido por la hipoteca, pero hay que ver cuál es el verdadero motivo de decidirlo.

Durante la indivisión cada comunero puede hipotecar los inmuebles que posee por indiviso. Si después el inmueble hipotecado está comprendido en el lote de quien consintió la hipoteca ésta tendrá efecto y lugar á partir de la inscripción que se haya hecho durante la indivisión. Cuando la partición, y en virtud de la partición, el inmueble gravado con el privilegio de saldo se encontraba desmembrado en favor del acreedor hipotecario; entra así desmembrado en el lote del copartícipe que es deudor del saldo; el privilegio que por este punto afecta el inmueble no lo puede gravar más que en el estado de desmembración que resulta de la hipoteca. Esto es decir que el acreedor hipotecario tiene que prevalecer al acreedor privilegiado, puesto que tiene un derecho adquirido en la cosa en el momento en que nace el privilegio. Y en nuestra opinión la hipoteca anterior al privilegio prevalece al acreedor privilegiado (núm. 86). Aplicamos al copartícipe el principio que rige el privilegio del vendedor; lo que es muy lógico, puesto que la ley pone ambos privilegios en la misma línea.

93. Se objeta que el privilegio prevalece á la hipoteca en virtud del art. 12 que da al acreedor privilegiado la preferencia en los acreedores hipotecarios. Ya hemos contestado á la objeción (núms. 78 y 85). Si se interpreta el artículo 12 en el sentido de que el privilegio prevalece á las hipotecas anteriores por razón de la calidad privilegiada del crédito se hace retrotraer el privilegio, quitando al acreedor un derecho que tenía adquirido. Y el objeto de la publicidad organizada por el legislador belga ha sido preci-

samente evitar la retroacción que los privilegios tenían en el sistema del Código Civil. La ley entiende, pues, mantener los derechos adquiridos; lo que es decisivo.

Se hace otra objeción muy especiosa. El tercero copartícipe no es considerado como propietario para con los terceros más que á partir del acta de partición; luego la hipoteca que consintió anteriormente no es válida para con los terceros sino á partir de la transcripción; tiene, pues, en realidad, la misma fecha que el privilegio; desde luego éste debe prevalecer á la hipoteca por su calidad privilegiada. Contestamos que esto es hacer una falsa aplicación del principio de la publicidad; se refiere al porvenir, no á lo pasado; decir que el copartícipe no es propietario para con los terceros más que desde la transcripción de la partición es decir que los terceros pueden en lo venidero tratar con él como propietario exclusivo; pero esto no impide que los terceros hayan podido tratar con el copartícipe como propietario por indiviso antes de la partición; la ley autoriza y valida estas transacciones, no puede quitar á los terceros un derecho que permitió que se les concediera.

Hay todavía otra respuesta que dar á la objeción: es que no es exacto decir que el copartícipe no es propietario para con los terceros sino desde la transcripción de la partición, pues ésta no tiene ningún efecto en la transmisión de la propiedad; no la transmite, la declara. En virtud de este principio el copartícipe siempre ha sido propietario del inmueble puesto en su lote, luego pudo hipotecarlo; lo que nos vuelve á llevar á nuestro punto de partida; es decir, al principio de los derechos adquiridos que la ley entiende respetar.

En fin, se dice que esta opinión sacrifica los derechos del acreedor privilegiado á los derechos del acreedor hipotecario, puesto que el primero, siendo preferido por el segundo en el inmueble gravado con saldo, no tendrá más que

un privilegio derisorio. La objeción no tiene ninguna cuenta de la publicidad que recibió la hipoteca. Cuando la partición el copartícipe que adquiere un privilegio de saldo en un inmueble ya gravado de hipoteca tiene conocimiento del derecho por el que será preferido; puede, pues, estipular las garantías necesarias para resguardar sus intereses. Así la ley no sacrifica ningún derecho, concede su apoyo al acreedor hipotecario permitiéndole intervenir en el acta de partición para impedir que esto se haga en favor de sus derechos, y la publicidad que da á la hipoteca permite que los copartícipes fijen sus intereses con pleno conocimiento de causa.

Núm. 2. Del privilegio de los copartícipes cuando la partición no está transcripta.

94. La partición no está transcripta. Suponemos que el tercer copartícipe gravado con un privilegio de saldo hipoteque un inmueble comprendido en su lote. El acreedor inscribe; ¿prevalecerá al privilegio? En el sistema de la ley debe contestarse que el privilegio prevalece á la hipoteca. En efecto, desde que hay partición el privilegio existe, debe prevalecer á las hipotecas consentidas posteriormente, bien que el acta de donde resulta el privilegio no haya sido transcripta. Así es con el privilegio del vendedor cuando el comprador concede una hipoteca en el inmueble antes de haber transcripto su acta de adquisición: la hipoteca no puede ser opuesta al vendedor. Y la ley pone la partición en la misma línea que la venta en lo que se refiere á los derechos del acreedor privilegiado, si los derechos del vendedor permanecen salvos apesar de la falta de transcripción. Debe suceder lo mismo con los derechos del copartícipe. El comprador sólo es propietario para con los terceros á partir de la transcripción; la hipoteca que consiente anteriormente á ésta no tiene fecha más que desde el día en que el acta fue

transcripta; por consiguiente, la prevalece el privilegio del vendedor que está conservado por la transcripción y que en realidad tiene una fecha anterior á la de la hipoteca. Puede hacerse el mismo razonamiento para el privilegio del copartícipe; no es propietario exclusivo sino á partir de la transcripción de la partición; sólo desde esta transcripción puede consentir hipotecas en los inmuebles caídos en su lote; luego las hipotecas que ha consentido anteriormente no tienen fecha para con los terceros más que desde el día en que la partición ha sido transcripta, y desde aquel día el privilegio del copartícipe está publicado y conservado; es, pues, en realidad anterior á la hipoteca y la prevalece en virtud de esta autoridad.

95. Esta solución es incontestable si se coloca uno bajo el punto de vista de la ley que asimila enteramente el privilegio del copartícipe y los privilegios que resultan de actas translativas de propiedad, y cuando la ley es la misma las consecuencias deben ser idénticas. Pero bajo el punto de vista de los principios hay una dificultad para la que no encontramos solución. ¿Por qué somete la ley la partición á la transcripción? No es para dar á conocer á los terceros la mutación que tuvo lugar en la propiedad de los bienes partidos, puesto que no hay mutación, sólo hay una acta declarativa de propiedad. No se puede, pues, decir del copartícipe lo que del vendedor, que sólo es propietario para con los terceros á partir de la transcripción de las particiones, pues siempre lo ha sido desde que comenzó la indivisión. Así la base de la teoría legal tal cual la acabamos de exponer (núm. 94) está en oposición con el principio del art. 883, y con la base se derrumba todo el sistema.

Si la ley somete la partición á la transcripción es únicamente para dar á conocer á los terceros que el estado de indivisión ha cesado y que ya no pueden tratar con los que han cesado de ser comuneros como si aun permanecieran

en indivisión. Transladamos acerca de este punto á lo que fué dicho de la transcripción (t. XXIX, núm. 101). ¿Qué debe concluirse de esto cuando la partición no ha sido transcripta? Es que la partición no existe para con los terceros luego que la indivisión continúa y, por consiguiente, los copartícipes son todavía comuneros; pueden, pues, válidamente hacer para con los terceros todas las actas que puede hacer un comunero. De esto se sigue que la hipoteca consentida por un copartícipe antes de la transcripción no es nula como consentida por un no propietario; es válida por haber sido constituida por un comunero. Sólo que se necesitaría una nueva partición, puesto que legalmente la primera no existe para con los terceros. Los copartícipes no podrían limitarse á transcribir esta partición como puede hacerse en materia de venta (núm. 88); hay entre ambas hipótesis una diferencia que la teoría legal no tuvo cuenta: es que el tercer acreedor hipotecario tiene el derecho de intervenir en la partición; luego se le puede oponer la primera en que no pudo intervenir porque su derecho no existía aún; por tanto, habrá que proceder á nueva partición, en la que el acreedor hipotecario tendrá el derecho de intervenir. Llegamos á una consecuencia enteramente diferente de aquella á que conduce la teoría legal. Considerándose concedida la hipoteca durante la indivisión el acreedor hipotecario tiene un derecho adquirido en el inmueble, y este derecho prevalece al privilegio de saldo si la nueva partición mantiene el reparto de la primera.

96. ¿Cuál de estas interpretaciones se debe preferir? Evidentemente la primera (núm. 94). Decimos que es evidente, y, en efecto, es el sistema legal, y la ley prevalece á los principios que no tienen más fundamento que la ley. Sin embargo, el legislador debió tener en cuenta la diferencia de los actos jurídicos á los que se aplica una misma y sola regla como si fuesen idénticos. La ley belga se separó, acer-

ca de este punto, de la tradición. En las costumbres del empeño la partición no estaba sometida á las obras de ley, y la ley francesa de 1855 no extendió á la partición el principio de la transcripción. El interés que tienen los terceros de conocer la existencia de la partición comprometió al legislador belga á prescribir la publicidad. Sea; pero siendo el motivo de esta publicidad diferente de aquel por el cual se exige la publicidad de las actas translativas de propiedad la ley habría debido establecer para los privilegios de los copartícipes otro sistema de conservación que para los del vendedor, del cambista y del donante.

§ VI.—DE LA INSCRIPCIÓN DE OFICIO.

97. La ley dice que los privilegios del vendedor, del cambista y del copartícipe *se conservan* por la transcripción; es decir, que no deben ser inscriptos para producir el efecto que la ley les da. A fin de no dejar duda sobre este punto el art. 34 agrega que la transcripción valdrá de inscripción para los acreedores cuyo privilegio se conserva por la transcripción del acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios de donde proceden. Sin embargo, la ley quiere que el conservador haga una inscripción de oficio de estos mismos privilegios en el momento de la transcripción (art. 35). ¿Es decir que se necesitan dos formalidades, la transcripción y la inscripción, para que los acreedores gocen del derecho de preferencia y del de prosecución? Nó, el texto no deja duda acerca de este punto; mejor dicho, es para evitar cualquiera duda por lo que el art. 34 declaró terminantemente que la transcripción vale por inscripción. Y el art. 35 dice implícitamente que la inscripción de oficio que ordena haga el conservador no está requerida para la conservación de los privilegios que ya están conservados por la transcripción. La ley prescribe la inscripción de