

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

oficio, bajo pena de daños y perjuicios para los *terceros*. Y para que éstos puedan sufrir un daño por falta de inscripción se necesitaría que se les pudiera oponer el privilegio, aunque hubiera sido inscripto, por el único efecto de la transcripción. Tienen derecho á los daños y perjuicios porque la falta de inscripción los ha inducido al error. Los que quieren asegurarse de si los bienes de la persona con la que quieren tratar están gravados con hipotecas piden al conservador un certificado de inscripciones, no consultan en el registro de transcripciones, que tiene por objeto principal comprobar las mutaciones inmobiliarias. Se necesita, pues, que el registro de inscripciones esté completo á fin de dar á los terceros conocimiento exacto de la situación hipotecaria de su deudor. Serían engañados y lesionados si los privilegios conservados por la transcripción no se hallaran inscriptos. Es para resguardar el interés de los terceros por lo que la ley exige la inscripción de oficio. Si no la hace y si los terceros sufren un perjuicio tendrán una acción de daños y perjuicios contra el conservador por la negligencia del que omitió la inscripción. Esta es la aplicación del principio general de responsabilidad consagrado por los arts. 1382 y 1383, á la que volveremos.

98. ¿Qué privilegios debe el conservador inscribir de oficio? El art. 35 los enumera: «Estará obligado el conservador de hipotecas á hacer de oficio, en el momento de la transcripción, la inscripción en su registro: 1.º de los créditos que resultan del acta translativa de propiedad;» es decir, de la venta. Sólo hay un crédito privilegiado: el del *precio*; si la ley habla de los *créditos* es sin duda para comprender los que resultarán de los *cargos*; pero éstos forman parte del *precio*; no hay, en realidad, más que un privilegio: el del vendedor.

Hay una venta que está sometida á reglas especiales: la de expropiación por causa de utilidad pública. La senten-

cia que la pronunció debe ser transcripta; pero esta transcripción, como ya lo dijimos (t. XXIX, núm. 90), nada tiene de común con la que prescribe la Ley Hipotecaria; no tiene por objeto resguardar los derechos de los terceros ni conservar el privilegio del vendedor; los terceros no pueden adquirir derechos en el inmueble expropiado, puesto que lo han puesto fuera del comercio para consagrarlo al servicio público; y el privilegio del vendedor que recibe su indemnización antes que el Estado entre en posesión no tiene razón de ser; la inscripción de oficio se hace, pues, inútil. ¿Sucedería lo mismo si la venta se hiciera amistosamente? En este caso el acta debe, en verdad, ser transcripta conforme á la Ley Hipotecaria (t. XXIX, núm. 91); pero la inscripción de oficio no es menos inútil, porque los principios que rigen la expropiación por causa de utilidad pública quedan siempre aplicables. (1)

99. En segundo lugar el conservador debe hacer una inscripción de oficio «de los saldos ó devoluciones de lotes que resulten del acta de cambio.» La ley agrega que «la inscripción comprenderá la suma estipulada á título de daños y perjuicios en caso de evicción.» Aunque la inscripción de oficio no sea necesaria para la conservación del privilegio debe contener todas las indicaciones requeridas para la inscripción hipotecaria, porque es el registro de inscripción el que consultan los terceros. Si, pues, el conservador descuida el tomar inscripción de los daños y perjuicios en caso de evicción el cambista tendrá, sin embargo, su privilegio, pero los terceros engañados por la inscripción incompleta tendrían una acción en daños y perjuicios contra el conservador; porque éste, como lo diremos adelante, responde no solamente por la falta de inscripción sino también por la irregularidad de ella cuando causa un perjuicio á los terceros.

1 Martou, Comentario, t. II, p. 268, núm. 652.

3. ° El conservador debe hacer una inscripción de oficio «de los cargos pecuniarios y demás prestaciones líquidas que resulten del acta de donación.» Si las prestaciones no fueran líquidas la inscripción de oficio sería inútil, puesto que en este caso el donante no tiene privilegio (art. 27, 3. °) Ahora se ve por qué la ley subordina la existencia del privilegio al cumplimiento de esta condición: es que las prestaciones no líquidas no pueden recibir la publicidad que la ley prescribe en interés de los terceros, y sin la publicidad el privilegio es ineficaz.

4. ° El conservador debe inscribir de oficio «los saldos ó devoluciones que resultan del acta de partición ó de licitación; esta inscripción enunciará si se han hecho las estipulaciones relativas á la garantía en caso de evicción.» Se debe aplicar á estas enunciaciões lo que acabamos de decir de lo relativo al privilegio del cambista: si se hallan en el acta transcripta el copartícipe tendrá su privilegio, aunque la inscripción no lo mencione; pero los terceros tendrán, en este punto, una acción en daños y perjuicios contra el conservador.

100. La ley no dice que el conservador está obligado á inscribir el privilegio del prestamista cuando está legalmente subrogado á los derechos de los acreedores privilegiados. Pero la inscripción de oficio que debe mencionar todos los privilegios conservados por la inscripción va de suyo que el conservador debe también inscribir el privilegio del prestamista. Cuando se trata de una acta translativa de propiedad se puede invocar el texto del art 35, número 1, que habla en términos generales de los *créditos* que resultan del acta; luego también de la del prestamista subrogado; y lo que la ley dice de las actas *translativas* de propiedad se aplica naturalmente á las actas declarativas de propiedad. Sin embargo, habría sido más regular decir, puesto que la ley enumera las diversas inscripciones que el

conservador está obligado á hacer: si el conservador no hiciera la inscripción del privilegio del prestamista que resulta de una acta de partición el prestamista siempre tendría su privilegio, ¿pero tendrán los terceros acción á los daños y perjuicios? Esto es dudoso; sería difícil condenar al conservador por no haber llenado una formalidad que ningún texto formal obliga á cumplir.

101. La inscripción de oficio puede ser inútil; se toma para un privilegio que la ley da y que las partes tal vez no hubieran estipulado si el privilegio fuera convencional, ya porque el deudor ofrecerá completa garantía al acreedor, ya porque por lazos de parentesco ó amistad no permiten dichas cláusulas de desconfianza. Y las inscripciones inútiles son un mal porque disminuyen el crédito del deudor cuyos bienes están gravados con inscripciones y después obligan á hacer gastos de radiación que son frustratorios. Fué para evitar estos inconvenientes por lo que el art. 36 dispuso que «el vendedor, el copermutante, el donante, los coherederos ó copartícipes, podrían, por una cláusula formal del acta, dispensar al conservador de la inscripción de oficio.» La ley no habla del prestamista subrogado, sin duda porque no es probable que el prestamista que se hace subrogar para gozar del privilegio quiera en seguida renunciar al privilegio; pero se entiende que tiene este derecho. Es necesario una cláusula *terminante* para que el conservador esté dispensado de hacer la inscripción de oficio. El legislador quiso evitar toda contestación acerca de este punto; dispensar al legislador de la obligación que la ley le impone, como lo vamos á decir, renunciar al privilegio; la ley quiere que esta renuncia sea formal; es decir, que la voluntad del acreedor esté expresada por escrito no que haya términos sacramentales sino que será suficiente con una renuncia tácita. Si el acta decía que el acreedor renunciaba á su privilegio habría dispensa formal de la obligación de ins-

cribir el privilegio, pues no se puede inscribir un privilegio que no existe.

102. ¿Cuál es el efecto de la dispensa? El art. 36 contesta «que los acreedores privilegiados decaerán del privilegio y de la acción resolutoria, pero que podrán tomar en virtud de su título una inscripción hipotecaria que tendrá colocación hasta su fecha.» ¿Por qué la dispensa de la inscripción de oficio prevalece á la renuncia del privilegio? Porque es una renuncia más bien que un decaimiento, puesto que resulta de un hecho voluntario del acreedor. La razón es que la inscripción es un complemento de publicidad prescripto en interés de los terceros, los que viendo que el privilegio no está inscripto deben creer que no existe ya y que el acreedor ha renunciado.

De aquí se sigue que los incapaces no pueden consentir la dispensa porque no pueden renunciar á un derecho que es garantía de su crédito y sin el cual llevan el riesgo de perecer. Los administradores legales, tales como el tutor y el marido, no podrían ya dispensar al conservador de inscribir de oficio, porque no pueden enajenar; y renunciar es enajenar, y enajenar sin compensación, puesto que la ley supone una renuncia gratuita. No basta, pues, ser capaz para obligarse sino ser capaz para disponer. (1)

La renuncia al privilegio tiene todavía otra consecuencia muy grave para el acreedor que está decaído de la acción resolutoria; esto se aplica al vendedor, al donante y al cambiista. Esta es una aplicación del nuevo principio establecido por el art. 28 de la Ley Hipotecaria, del que después trataremos.

103. El decaimiento del privilegio y de la acción resolutoria deja, no obstante, subsistir una hipoteca en favor del acreedor. Esta es la aplicación del principio, que el privilegio es una hipoteca privilegiada; lo cual implica que el

1 Cloes, Comentario, t. I, p. 524, núm. 458.

acreedor tiene dos derechos: una hipoteca y un privilegio; puede renunciar al privilegio y conservar la hipoteca. Este era el sistema del Código Civil (art. 2113) y la nueva ley lo mantuvo. Pero la diferencia es muy grande entre la hipoteca privilegiada que pertenece al acreedor y la simple hipoteca que le queda. En virtud del privilegio tenía dos lugares de preferencia, prevalecería á los acreedores quirografarios y á los hipotecarios (art. 12), mientras que en virtud de la hipoteca no prevalece más que á los acreedores quirografarios. La ley dice que podrá tomar una inscripción hipotecaria que no tendrá colocación sino á partir de la fecha. Esto supone que el privilegio retrotrae en el sentido de que su lugar no depende de la fecha de la inscripción ó de la transcripción. Conforme á la nueva ley no hay retroactividad propiamente dicha, pero siempre hay diferencia entre la inscripción hipotecaria y la transcripción que conserva el privilegio: es que este tiene colocación en virtud de la transcripción y á partir de ella, mientras que la hipoteca no la tendrá sino en virtud de la transcripción que el acreedor deberá requerir. El acreedor privilegiado no tendrá nada que hacer para conservar su privilegio, mientras que el acreedor hipotecario debe tomar inscripción acerca de este punto.

104. La inscripción de oficio tomada por el conservador debe ser renovada por el acreedor antes de vencer los quince años que siguen á su fecha (arts 37 y 90). Este es el derecho común: la inscripción no conserva los privilegios y las hipotecas sino durante quince años; debe pasar lo mismo con la inscripción de oficio que para los terceros tiene lugar de transcripción. La renovación de la inscripción de oficio está sometida á las mismas reglas que la renovación de toda inscripción hipotecaria; la expondremos más adelante.

Se presenta una dificultad especial para la inscripción de oficio. Se supone que el conservador ha descuidado el to-

marla; ¿qué deberá hacer el acreedor antes de terminar los quince años? Deberá inscribir su privilegio, no renovando la inscripción que se ha hecho sino renovando la transcripción que ha conservado el privilegio apesar de la falta de inscripción. Como se ha dicho y repetido en los trabajos preparatorios la transcripción vale por inscripción (art. 34), pero nada más; no puede, pues, conservar el privilegio á perpetuidad cuando la ley le da un efecto temporal á la publicidad que conserva los privilegios é hipotecas. (1) De esta manera la transcripción cesa de conservar al privilegio al vencimiento de los quince años; el acreedor debe, pues, tener cuidado de renovar la publicidad, y la renovación se hace no transcribiendo de nuevo el acta de que nace el privilegio sino tomando una inscripción. Esto será aparentemente una primera inscripción; en realidad es una inscripción renovada, puesto que renova la transcripción que vale por inscripción. De donde se sigue que el acreedor deberá llenar las formalidades prescriptas por el art. 90 para la renovación de las inscripciones.

105. «A falta de renovación los acreedores privilegiados no tendrán más que una hipoteca que no tendrá lugar más que el día de su inscripción (art. 37). En este caso hay decaimiento del privilegio porque las condiciones prescriptas para su conservación no se han llenado. Pero la ley, á la vez que declara al acreedor decaído de su privilegio, mantiene la hipoteca que está ligada al privilegio. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 2113 del Código Civil que la nueva ley consagra implícitamente. «Todos los créditos privilegiados sometidos á la formalidad, respecto de los cuales las condiciones prescriptas para conservar el privilegio no han sido llenadas, no cesan, sin embargo, de ser hipotecarios; pero la hipoteca no data con relación á los

1 D'Anethán, informe; Declaración del Ministro de Justicia; Informe de Le-
lièvre [Parent, ps. 410, 501 y 623].

terceros sino desde la fecha en que se debieran hacer las inscripciones, como se explicará más adelante.» Ya dijimos (núm. 103) qué diferencia hay entre esta hipoteca que el acreedor conserva y el privilegio que pierde.

§ VII.—DEL PRIVILEGIO DEL ARQUITECTO.

Núm. 1. Condiciones requeridas para la conservación del privilegio.

106. Este privilegio no se conserva para la transcripción, no se liga á ninguna acta translativa ó declarativa de propiedad. Queda, pues, bajo el imperio de la regla establecida por el art. 29, según el cual los privilegios no producen efecto más que por su inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay, sin embargo, esto de especial al privilegio del arquitecto: es que la ley exige una doble inscripción. Primero el acta en que consta el estado de los lugares debe inscribirse antes de que comiencen los trabajos. En segundo lugar el arquitecto debe inscribir la segunda acta en los quince días después de recibidos los trabajos (artículo 38). ¿Cuál es el objeto de esta doble publicidad? La primera acta advierte á los terceros que ya no deben contar con el aumento de valor que resultará de los trabajos porque de hacerlos públicos el arquitecto manifiesta la voluntad de prevalecerse de su privilegio con los efectos que la ley le da, especialmente de tomar lugar á partir de la inscripción de esta primera acta. La segunda acta debe inscribirse en los quince días con el fin que los terceros sepan que el arquitecto no fué pagado y que, por consiguiente, entiende ejercer su derecho de preferencia. Ambas actas dan á conocer á los terceros el monto del crédito privilegiado.

107. La ley no dice terminantemente por quién debe ser requerida la transcripción. Supone que los acreedores pri-