

puede oponer? En materia de muebles, se dice, se puede oponer al comprador así como á los acreedores quirografarios ó privilegiados del propietario de la cosa, y esto aun en caso de quiebra. ¡De este modo un derecho que no es real, que no es un privilegio, prevalece á los privilegios! ¡Y sin otra razón que porque resulta de su *fundamento* y de su *objeto*! En materia de inmuebles, se dice, el derecho de retención se puede ejercer contra el adquirente y contra los acreedores hipotecarios posteriores. Produce, pues, los efectos de un derecho real sin ser un derecho real. ¿En qué se convierte en tan extraña doctrina la garantía de los terceros adquirentes y de los acreedores hipotecarios? Su derecho estará alterado, disminuido, sin que hayan podido conocer la existencia de la retención que se les opone. Los acreedores especialmente podrán, es verdad, perseguir la expropiación del inmueble, pero á condición de desinteresarse al pesador ó hacerle desinteresarse por el adjudicatario; lo que puede acarrear la pérdida de todo ó parte del crédito. Y, sin embargo, la ley los garantiza contra todo derecho anterior no inscripto. ¡Un derecho clandestino nulificará los derechos públicos! (1) Los efectos que se reconocen al derecho de retención son contradictorios como el derecho mismo; es un tejido de inconsecuencias.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 119 y notas 21 á 23, pfo. 256 bis.

CAPITULO II.

DE LOS PRIVILEGIOS.

SECCION I.—Nociones generales.

303. El art. 12 (Código Civil, art. 2095) define el privilegio en estos términos: «Es un derecho que la calidad del crédito da á un acreedor para ser preferido á los demás acreedores, aun hipotecarios.» Por esto el privilegio se refiere á las relaciones de los acreedores entre sí, supone que hay concurso de acreedores; lo cual sucede cuando el deudor quiebra civil ó mercantilmente; es decir, cuando sus bienes no bastan para pagar íntegramente todas sus deudas. En este caso el precio se distribuye entre ellos por contribución (núm. 280), á menos que haya entre los acreedores causa de preferencia (art. 8, Código Civil, art. 2093). Una de las causas de preferencia es el privilegio. Cuando el deudor es salvente no há lugar á fijar el orden de los diversos acreedores y el orden en que se les deba pagar; la materia de privilegios no tiene importancia, lo mismo que las hipotecas, sino en caso de insolvencia del deudor: la preferencia atribuida á ciertos acreedores les asegura en general su pago, mientras que los acreedores quirografarios pierden una parte de sus créditos. De aquí se sigue que la colocación de los acreedores y, por consecuencia, la cuestión de saber

si uno de ellos tiene un privilegio son cosas indiferentes para el deudor; en vano se diría que le interesa liberarse cuando domina sus negocios, nunca está liberado íntegramente; lo que uno de los acreedores recibe de más por su privilegio los otros lo tienen de menos. Luego el deudor no tiene ningún interés en las causas de preferencia; no puede intervenir en el concurso de acreedores, ni para sostener la existencia del privilegio, ni para contestarla, porque no hay acción sin interés. (1)

304. La palabra *privilegio* expresa mal la causa de preferencia que la ley le da. En el lenguaje vulgar esta palabra implica una preferencia concedida á la persona que goza de ciertos derechos que la ley niega á otras personas. Tales eran bajo el antiguo régimen los privilegios de la nobleza y del clero, clases privilegiadas; mientras que el tercer estado se formaba de una clase inferior y en cierto modo dependiente. Este estado de cosas fué abolido por la revolución de 1789 que proclamó la igualdad y la libertad como bases del nuevo orden social. Los privilegios del derecho civil nada tienen de común con los privilegios políticos. Sin embargo, esta palabra era tan odiosa en Francia que el Orador del Gobierno tuvo cuidado de marcarla en el Código Civil con una significación especial. «No abusemos, dijo Treilhard, de la acepción de la palabra *privilegio* empleada en este título. Esta expresión implica ordinariamente una idea de favor personal; aquí significa un derecho fundado en justicia, puesto que está fundado en la naturaleza y calidad del crédito.» (2) La comisión especial que formó el proyecto de nuestra Ley Hipotecaria hace la misma observación; se lee en su informe: «La comisión no ha perdido de vista que la palabra *privilegio* jamás debe implicar la idea de un favor personal y que la ley no debe conceder

1 Martou, Comentario, t. II, p. 10, núm. 296 y la sentencia que cita.

2 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 30 (Loché, t. VIII, p. 248).

preferencia á uno de los acreedores sino cuando lo humanitario, lo justo ó lo de orden público lo exijan imperiosamente.» (1) La redacción misma del Código reproduce esta idea, no menciona á los acreedores privilegiados; el artículo 2101 (Ley Hipotecaria, art. 19) dice que «los créditos privilegiados sobre la generalidad de los muebles son los que después se expresan.» Lo mismo dice el art. 20. «Los créditos privilegiados sobre ciertos muebles son...» No son, pues, los acreedores los que gozan de un privilegio sino los créditos.

De donde no se debe deducir que el legislador no pueda conceder un derecho de preferencia en razón de la calidad de la persona. El Código Civil lo hace al establecer las hipotecas legales en favor de los menores, de los interdictos, de las mujeres casadas, del Estado y de los establecimientos públicos. Es cierto que es la persona la que aquí goza de una preferencia; sin embargo, no se puede reprochar al legislador haber descuidado el principio de igualdad; lo resguarda, al contrario, al conceder una garantía hipotecaria á los acreedores que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses; la ley estipula para los incapaces. Sin embargo, estos no están privilegiados, tienen sólo una hipoteca como la que pudieran haber tenido si fuesen capaces; no tienen privilegio porque el privilegio no se estipula y sus créditos no merecen una preferencia en razón de su calidad; las hipotecas legales son al contrario, están prevalecidas por los privilegios.

305. ¿Hay acreedores que merezcan el favor de ser preferidos á los demás, aun de los incapaces que el legislador proveyó de una hipoteca legal? Al explicar los diversos privilegios diremos los motivos especiales que los legalizan.

Por ahora indicaremos los motivos generales que han comprometido al legislador á privilegiar ciertos créditos.

1 Informe de la comisión especial [Parent, p. 31].

El Orador del Gobierno cita sólo algunas de las razones que han hecho establecer los privilegios. Hay acreedores que prestan un servicio á los demás conservando ó mejorando la cosa; es justo que los que aprovechan de su trabajo se lo tengan en cuenta desinteresándolos; esta es la aplicación de la regla de equidad que á nadie permite enriquecerse á expensas de otro. Treilhard invoca aún el derecho de propiedad en favor del vendedor que no está pagado; es por el pago del precio por lo que la venta se hace definitiva; hasta entonces el vendedor puede resolver la venta; es, pues, en *algún modo* el propietario, dejando de serlo cuando los demás acreedores quieren pagarle el precio de la cosa; de aquí su privilegio. Grenier, el Relator del Tribunado, dice que los privilegios generales sobre muebles se justifican por motivos humanitarios: tales son los privilegios que la ley da á los gastos de última enfermedad, á la ministración de alimentos, á los de criados. Grenier agrega que la pequeñez de estos créditos muy rara vez los hace entrar en consideración en negocios de interés. (1) Este último motivo no es determinante, puesto que prueba mucho sin probar lo bastante; si se admitiera todos los pequeños créditos deberían ser privilegiados; á decir verdad, la pequeñez no es una calidad del crédito, luego no se puede tomar en consideración para justificar la preferencia. En su *Tratado de las Hipotecas* Grenier hace valer otro motivo de preferencia: el empeño tácito ó expreso estipulado por el acreedor que sólo contrata en razón de la garantía especial que le ofrece la cosa empeñada; (2) tales son los privilegios del prendista, del hostelero, del cochero y aun del dador, el que también cuenta sobre el mobiliario que guarda el local arrendado para el pago de lo

1 Grenier, Informe, núm. 16 (Locré, t. VIII, p. 257).

2 Grenier, *Tratado de las Hipotecas*, núm. 299. Compárese Durantón, tomo XIX, p. 30, núm. 27; Mourlón, *Repeticiones*, t. III, p. 496, núm. 1297.

que se le debe. Sin embargo, el empeño sobrepasa á la noción del privilegio; conforme al rigor de los principios no depende de la convención de las partes; es, pues, independiente de su voluntad.

306. Conforme al art. 12 (Código Civil, art. 2095) es la *calidad del crédito* la que da al acreedor el derecho de ser preferido á los demás acreedores. ¿Quién determina la calidad en razón de la que es preferido á otro? ¿Es el juez? No, porque semejante poder dado al juez hubiera conducido á la arbitrariedad en una materia en la que más que en cualquiera otra interesa que haya reglas inmutables, sin lo que los privilegios se convertirían en favores cuando en la mente de la ley deben estar fundados en justicia. Es esta la ley que en razón de la calidad del crédito lo provee de un privilegio. Ya no depende de la voluntad de las partes contratantes crear privilegios; pueden estipular un derecho de preferencia bajo forma de hipoteca, pero no les está permitido declarar que un crédito es privilegiado en razón de su calidad. Esta también está fundada en la razón: la calidad de un crédito depende de su naturaleza, y las convenciones de las partes son impotentes para cambiar la naturaleza de un crédito, para hacerlo digno de privilegio cuando no tuviere la calidad requerida para merecer la preferencia. La Corte de Casación se pronunció en este sentido, y esto no es dudoso. «Los privilegios, dice, siendo exorbitantes del derecho común no pueden existir más que en virtud de una disposición de la ley, y no pueden ser creados por una convención formada por el acreedor y el deudor.» (1) Por igual razón las convenciones de las partes no pueden modificar las condiciones que la ley establece para la existencia ó la conservación de los privilegios; nada en esta materia depende de las partes contra-

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1831 (Dalloz, en la palabra Privilegios ó Hipotecas, núm. 519). Casación, 26 de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 196).

tantes, por razón de que las preferencias entre los acreedores son de interés general; y no está permitido á los particulares derogar lo que es de orden público. (1)

307. El principio de que los privilegios son independientes de las partes contratantes resuelve una excepción en lo relativo á la prenda. En los términos del art. 2073 el empeño confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar por la cosa que es su objeto, por *privilegio y preferencia* á los demás acreedores; sin embargo, el imperio es un contrato (art. 2071) y este contrato puede intervenir por cualquiera especie de crédito; el privilegio que resulta depende, pues, únicamente de la voluntad de las partes, sin que la calidad del crédito sea tomada en consideración. Domat concluye que el derecho de preferencia del acreedor prendista no era un verdadero privilegio, no estando la preferencia ligada á la calidad del crédito; según él, siendo preferido el acreedor á los demás acreedores por causa de seguridad que había tomado posesionándose de la prenda. (2) Hay autores modernos que han seguido esta doctrina. Persil enseña que si el acreedor prendista tiene una preferencia es como consecuencia del derecho de retención; lo que ciertamente es un error, puesto que el acreedor anticresista tiene el derecho de retención y no el privilegio. (3) Valette dice que el derecho del prendista es una especie de hipoteca mobiliar. (4) Es inútil combatir estas desviaciones de la doctrina; si las mencionamos es para inspirar el respeto á la ley á nuestros jóvenes lectores. El Código clasifica el crédito del prendista entre los privilegios (art. 2102, 2.º; Ley Hipotecaria, artículo 20, 3.º): ¿con qué derecho se separan del texto los autores y llegan á corregir la ley?

1 Martou, Comentario, t. II, p. 12, núm. 300 y las autoridades que cita Pont, t. I, p. 18, núm. 24.

2 Domat, Leyes civiles, lib. III, tít. I, sec. V, preámbulo.

3 Persil, Régimen Hipotecario, t. I, p. 22 [art. 2095, núm. 1].

4 Valette, Tratado de los Privilegios, p. 14, núm. 12.

308. La ley que define el privilegio agrega que da al acreedor el derecho de preferencia á los demás acreedores, aun hipotecarios. De esta manera el privilegio tiene un doble lugar de preferencia; el acreedor privilegiado desde luego es preferido á los acreedores personales y lo es, además, á los acreedores hipotecarios. Este segundo punto de preferencia supone que el privilegio recae en un inmueble; los privilegios mobiliarios no se pueden hallar en conflicto con los acreedores hipotecarios cuyos derechos son inmobiliarios. Bajo el imperio del Código este conflicto se presentaba frecuentemente. Los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles también tenían un privilegio sobre los inmuebles; á este título eran preferidos á los acreedores hipotecarios, y aun tenían la preferencia á los acreedores que sólo tenían un privilegio especial sobre el inmueble (arts. 2104 y 2105). Más adelante diremos que esta preferencia sólo la mantuvo la ley belga para las costas judiciales y sólo se ejercía este privilegio con relación á los acreedores en cuyo interés se hacían las costas (art. 17). Resulta que el conflicto entre los acreedores privilegiados y los acreedores hipotecarios se hizo más raro. Cuando há lugar el privilegio prevalece, en principio, á la hipoteca, en razón de la calidad del crédito privilegiado. Esta preferencia no es tan absoluta como la ley parece decirlo; en la aplicación da lugar á grandes dificultades que examinaremos más adelante. Por ahora basta con citar un ejemplo que demuestra la legitimidad de la preferencia que la ley concede al privilegio sobre hipoteca.

El arquitecto tiene un privilegio en el inmueble al que ha dado un aumento de valor por sus trabajos. Si los acreedores estaban inscritos en el inmueble antes de comenzar los trabajos ¿estarían prevalecidos de este privilegio? La afirmativa no es dudosa, puesto que resulta implícitamente

te del texto de la ley, como lo diremos más adelante. ¿Por qué la hipoteca es prevalecida por el privilegio aunque la hipoteca sea anterior al crédito privilegiado? Desde luego se debe decir en lo que consiste esta preferencia. El arquitecto sólo tiene privilegio por el monto del aumento de valor que resulta de los trabajos, aumento de valor que se estima en la época de la enajenación del inmueble (artículo 27, número 5.) El derecho de los acreedores hipotecarios también lesiona este aumento de valor, puesto que la hipoteca adquirida se extiende á las mejoras hechas al inmueble hipotecado (art. 45.) Hé aquí el conflicto. ¿Por qué prevalece el privilegio? Porque es á los trabajos del acreedor privilegiado á lo que se debe el aumento de valor; se ha enriquecido, pues, el patrimonio del deudor por sus trabajos y, por tanto, ha procurado un aumento de valor á la hipoteca que gravaba el inmueble; es justo que el acreedor hipotecario le tenga en cuenta esta ventaja que saca de los trabajos, si no se enriquecería á costas del arquitecto.

309. El principio de que el privilegio depende de la calidad del crédito determina también el orden de los acreedores privilegiados entre sí. En los términos del art. 13 (Código Civil, art. 2096) la preferencia entre acreedores privilegiados se rige por las diferentes calidades de los privilegios. Nada más lógico. Hay varias causas de preferencia; ya las enumeramos sin agotarlas (núm. 305). Se puede decir que para cada privilegio hay una causa especial porque no existen dos créditos de una naturaleza absolutamente idéntica. Las causas de preferencia varían, una puede y debe ser más ó menos favorable que la otra. No se pueden colocar en la misma línea todos los créditos privilegiados; esta igualdad sería un favor para unos y una injusticia para otros; la justicia quiere que el privilegio cuya calidad es más favorable prevalezca á los privilegios cuya calidad es menor.

¿Quién estimará la calidad más ó menos favorable de los

privilegios? En principio este derecho sólo pertenece al legislador. Hay que decir del lugar de los privilegios entre sí lo que hemos dicho de los mismos privilegios (núm. 306). No se puede abandonar al juez ni á las partes el cuidado de apreciar el favor relativo que merecen los diversos privilegios, pues esto sería dar al juez ó á las partes el poder de fijar la preferencia de los créditos privilegiados; y sólo el legislador tiene este poder, pues se trata de un interés público. Sin embargo, en este punto el Código Napoleón presentaba vacíos notables; se limita á determinar el lugar de los privilegios inmobiliarios. En el silencio de la ley el juez estaba forzosamente investido de peligroso poder de fijar el lugar de los créditos privilegiados; de ahí la incertidumbre y la arbitrariedad igualmente funestas cuando uno de los acreedores no puede ser favorecido más que á expensas del otro. La nueva ley ha llenado el vacío; sin embargo, no hay sistema completo. ¿Qué se hará en los casos no previstos por la ley? Se entiende que no pertenece á las partes interesadas determinar el lugar de los créditos privilegiados; nada depende de su voluntad en materia de privilegios (núm. 306). Si el juez interviene donde el legislador sólo debiera hablar es porque el juez está obligado á resolver cuando la ley está muda ó insuficiente. Pero bajo el imperio de la nueva ley los tribunales tendrán cuando menos un guía; podrán proceder por vía de analogía cuando hay una misma razón para decidir.

310. Se pregunta si hay que tener en cuenta la fecha de los privilegios en la apreciación de la calidad relativa de los créditos. La negativa resulta del texto de la ley; el legislador quiere que entre acreedores privilegiados la preferencia se fije por las diferentes *calidades* de los privilegios, y la antigüedad es extraña á la naturaleza del crédito, el menos favorable puede ser el más antiguo; se le dará la preferencia sobre el nacido posteriormente aunque éste

merezca más favor? Esto estaría en contradicción con la misma esencia del privilegio, el que se estima no por la fecha en que tomó nacimiento sino por la calidad del crédito. Un objeto mueble está gravado por un privilegio; la cosa necesita reposiciones para conservarse: el acreedor que hace gastos de conservación tiene un privilegio por este punto; él es último en fecha y, no obstante, será el primero en lugar porque conservó los privilegios anteriores que hubieran perecido sin sus expensas (art. 22). Así el privilegio más reciente prevalece á todos los acreedores anteriores, sin que éstos tengan el derecho de quejarse de este aparente favor; están, al contrario, interesados en que este privilegio esté concedido para los gastos de conservación, porque esto es un medio de conservar su propio derecho.

311. Puede suceder que varios créditos privilegiados ocupen el mismo lugar. Así la ley da privilegio á los alimentos de subsistencia (art. 19, 5.º) Hay necesariamente varios abastecedores; luego varios créditos privilegiados teniendo la misma causa; mejor dicho, es un solo y mismo privilegio ejercido por varias personas. ¿Cómo se liquidará el conflicto? La ley decide que los diversos acreedores serán pagados por competencia (art. 14; Código Civil, art. 2097); es decir, por contribución si los muebles gravados por el privilegio no bastan para el pago íntegro de las deudas privilegiadas. ¿Por qué la ley no considera la fecha en esta hipótesis? Esto es una consecuencia del principio de que la fecha es absolutamente extraña á la preferencia que dan los privilegios. Dos médicos cuidan sucesivamente á un mismo enfermo. ¿Se concederá preferencia al primero ó al segundo? La calidad de sus créditos es idéntica apesar de la diferencia de tiempo; deben, pues, gozar de igual favor. Si el segundo estuviera preferido por el primero arresgaría no ser pagado; por consiguiente, el enfermo, en el espíritu de la ley, que da privilegio á los gastos de la última enfermedad

estaría en riesgo de no encontrar quién lo curase; para darle auxilio médico la ley tuvo que poner en la misma línea á todos aquellos que se lo ministrasen. (1)

Esto contesta á la objeción que se ha hecho contra la decisión de la ley. Cuando el primer privilegio, se dice, tomó nacimiento la cosa mueble queda gravada en favor del acreedor; y un segundo acreedor no puede adquirir un derecho en la misma cosa en perjuicio del primero. (2) La objeción está fundada si sólo se considera la realidad del privilegio; pero hay también que considerar la causa, que desempeña un papel principal en esta materia; sin causa no hay privilegio, y la causa pide la igualdad de los acreedores que tienen un solo y mismo privilegio.

312. «Los privilegios pueden ser sobre muebles ó sobre inmuebles» (art. 16; Código Civil, art. 2099). ¿Qué se entiende en esta materia por la palabra *mueble*? Es evidente que esta palabra no tiene aquí la acepción legal y ficticia que le da el art. 533 cuando está empleada sola en las disposiciones de la ley, pues no está empleada sola, puesto que se le opone la palabra *inmuebles*; comprende, pues, todo lo que es mueble, según los arts. 527 y siguientes. Si el privilegio versa en la generalidad de los muebles grava todo lo que es mueble por su naturaleza ó por la determinación de la ley, pero no abraza los objetos muebles por naturaleza que se han convertido en inmuebles por incorporación ó destino. No se objetaría el privilegio del dador que se ejerce en los utensilios de labranza y en los animales ligados al cultivo aunque estas cosas estén reputadas inmuebles por destino; sólo son inmuebles cuando el *propietario* los liga á la finca; cuando es un arrendatario conservan su naturaleza mueble, y cuando el dador ejerce un privilegio lo ejerce naturalmen-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 14, núms. 304 y 305. Persil, Régimen Hipotecario, t. I, p. 17, art. 2096, núm. 1.

2 Troplong, Privilegios ó Hipotecas, núm. 86.