

CCCIÓN

DERECHO
CIVIL FRANCE

29

KM19

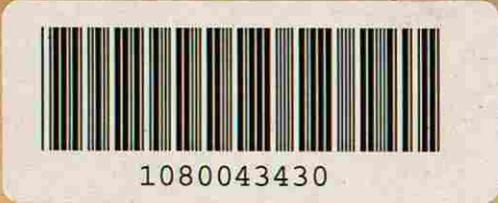
.F8

L3

V.29

c.1

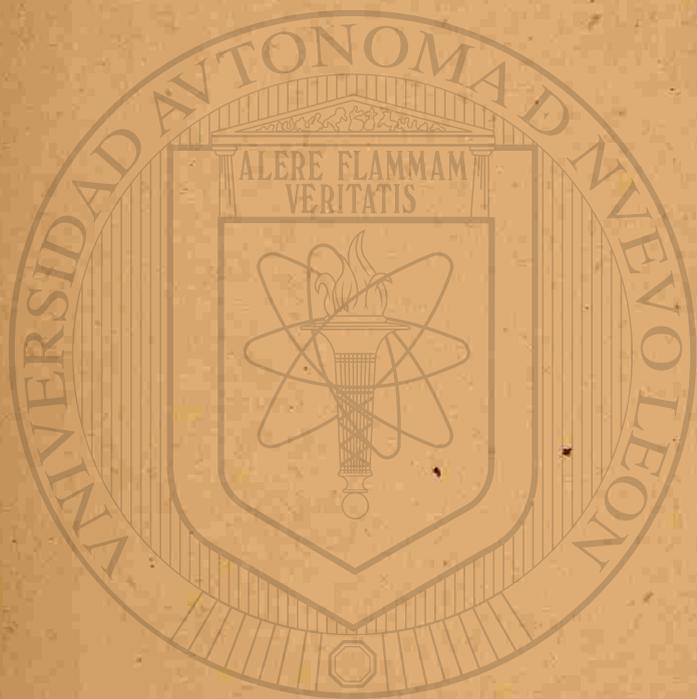
347(46)



10# 316# 70



347(463)



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



PRINCIPIOS

-DE-

DERECHO CIVIL FRANCÉS

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENAL DE LAS CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS.



DEL FONDO DE NUEVO LEÓN
FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA

TOMO XXIX

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA



PUEBLA.—1900

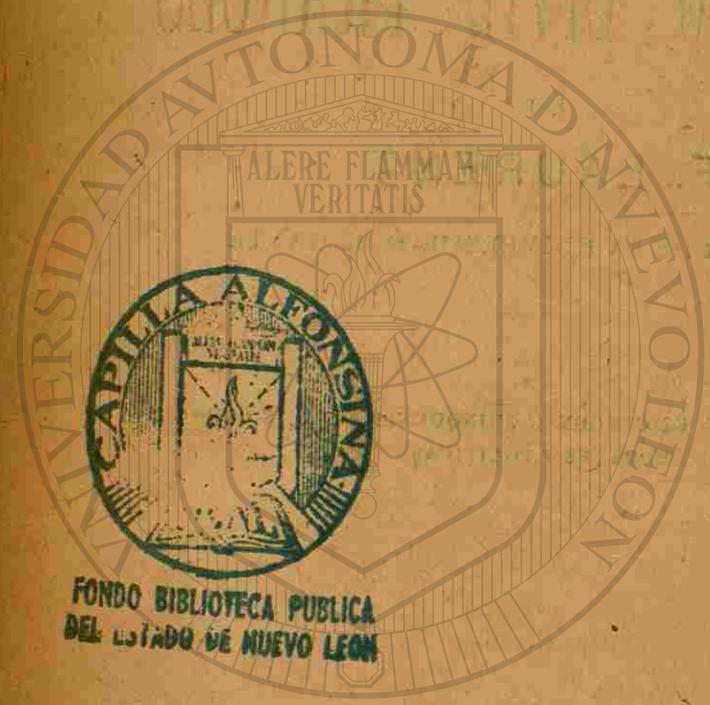
Biblioteca Universitaria

BARROSO, HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES.
1ª de la Soledad 9.—Apartado de correo núm. 4.

54154

23418

12114
178
27
129



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON



Biblioteca Universitaria
Capilla Alfonso

83188 83188



TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL)

DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS. (1)

1 El título *De los Privilegios é Hipotecas* está reemplazado en Bélgica por la Ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851, cuyo primer artículo dice: "Las disposiciones siguientes reemplazan en el Código Civil el título XVIII del libro III."

La ley de 1851 contiene disposiciones que se enlazan al régimen hipotecario, pero que, en el sistema del Código Civil debieran haber sido clasificadas en otro lugar. Tales son los artículos preliminares (arts. 1-6) relativos á la publicidad de las actas más importantes que interesan á los terceros. Este es, desde luego, el registro de las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, á los que la ley agrega ciertos arrendamientos: esta materia se relaciona con el art. 1140, que sólo translada al título *De la Venta* y al *De los Privilegios é Hipotecas*, porque en el Consejo de Estado no se pudo llegar á un acuerdo acerca del principio de la publicidad.

1 Nueva ley acerca del régimen hipotecario, acompañada de todos los documentos oficiales relativos á la ley. Bruselas, 1852 (se cita este Reportorio bajo el nombre de Parent, que fué su editor). Martou, *Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851*, 4 vols., Bruselas 1857.

Vienen después (arts. 3 y 4) disposiciones que prescriben la publicidad por vía del registro, demandas de nulidad ó de revocación de derecho sometidas al registro, así como sentencias que intervienen acerca de estas demandas. Esta materia, en la clasificación del Código Napoleón, debiera también encontrar su lugar en el título *De las Obligaciones*.

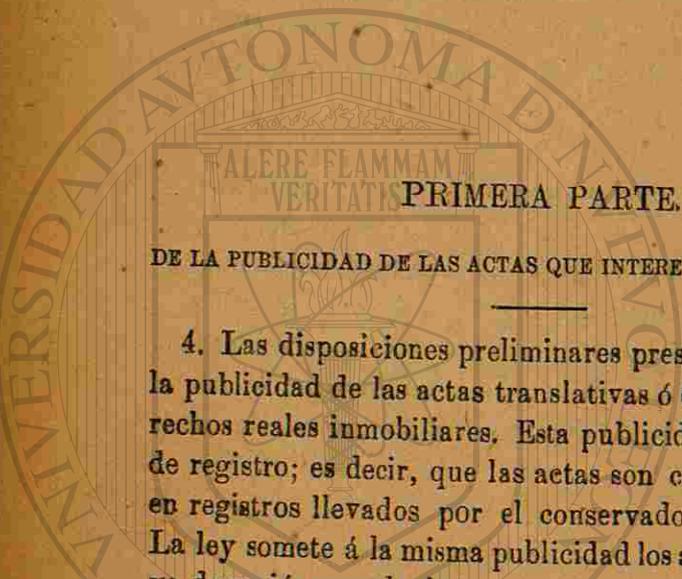
La ley prescribe también la publicidad, por vía de registro, de la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios, así como la subrogación de estos créditos. En el sistema del Código Civil esta materia debiera ser tratada en el título *De las Obligaciones* ó en el título *De la Venta*.

Hemos pensado que mejor valía no cortar las disposiciones que reemplazan la clandestinidad del Código Napoleón por la publicidad. En efecto, la publicidad tiene el mismo objeto en las diversas aplicaciones que la ley hace de ella; se liga á un solo y mismo principio, se enlaza por un lazo íntimo al régimen hipotecario. Por esto es por lo que hemos trasladado la exposición de las diversas disposiciones relativas á esta materia al título que trata de los privilegios é hipotecas. Sin embargo, como el sistema de la publicidad tiene una importancia general é independiente del régimen hipotecario propiamente dicho dividimos la ley en dos partes: la primera consagrada á la publicidad y la segunda á los privilegios é hipotecas.

2. También se encuentran en la parte de la Ley Hipotecaria que trata de los privilegios é hipotecas disposiciones que son extrañas al régimen hipotecario. Al organizar la hipoteca que la ley concede al menor en los bienes de su tutor el legislador vió que la garantía de la hipoteca legal era amenudo insuficiente ó ineficaz. En efecto, la hipoteca legal supone que el tutor posee inmuebles que puedan responder por los créditos que el menor tiene contra él; si el tutor no tiene fortuna inmobiliar ó si sus bienes no responden por el crédito eventual del menor la seguridad que la

ley quiso dar al menor sería nula ó insuficiente. El Código Civil dejaba en este caso al menor sin ninguna garantía. Esto era un vacío que el legislador belga ha llenado. Estas nuevas disposiciones deben colocarse en el título *De la Tutela*, pues implican que no hay hipoteca legal ó que es insuficiente. Las hemos explicado en el título que es el sitio de la materia (t. V, núms. 53, 59 y 61).

3. Los artículos adicionales contienen también disposiciones extrañas al régimen hipotecario; se relacionan con varios títulos, bajo el rubro de los que las hemos colocado. Hay dos artículos (arts. 2 y 3 adicionales) que se refieren á la hipoteca legal de los menores y de las mujeres casadas y la hipoteca legal de los dementes no interdictos; las explicaremos al exponer la materia con la que se relacionan.



PRIMERA PARTE.

DE LA PUBLICIDAD DE LAS ACTAS QUE INTERESAN Á LOS TERCEROS

4. Las disposiciones preliminares prescriben desde luego la publicidad de las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios. Esta publicidad se hace por vía de registro; es decir, que las actas son copiadas por entero en registros llevados por el conservador de las hipotecas. La ley somete á la misma publicidad los arrendamientos cuya duración excede de nueve años ó que contienen recibo de por lo menos tres años de renta (arts. 1 y 2).

La ley de 1851 prescribe en segundo lugar la publicidad de las demandas de nulidad ó de revocación cuando son relativas á derechos resultantes de actas sometidas al registro, así como de las decisiones pronunciadas por estas demandas. Esta publicidad se hace por vía del registro (artículos 3 y 4).

En tercer lugar la ley somete á la publicidad las cesiones de créditos privilegiados ó hipotecarios, así como la subrogación á estos créditos. Esta publicidad también se efectúa por vía de registro (arts. 5 y 6).

Hay todavía derechos que deben hacerse públicos por vía del registro: son los privilegios inmobiliarios y las hipotecas. Se trata de ellos en los capítulos que se refieren á los privilegios y á las hipotecas.



CAPITULO I.

DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

§ I.—CRÍTICA DEL SISTEMA DE CLANDESTINIDAD DEL CÓDIGO CIVIL

5. El Código no tiene sistema acerca de la importante cuestión de saber si las actas que interesan á los terceros deben ser hechas públicas. Hoy día se juzga que esta es una de esas cuestiones que basta ser presentada para resolverla. Lo era en el sentido de la publicidad por la ley de 11 Brumario, año VII, la que sólo había consagrado una de las tradiciones que se dividían la antigua Francia: la costumbre del empeño. Esta ley decía (art. 26): "Las actas translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas deben ser transcriptas en los registros de la oficina conservadora de hipotecas en cuya jurisdicción están situados los bienes. Hasta entonces no pueden ser opuestos á los terceros que hubieran contratado con el vendedor y que se hubieran conformado á las disposiciones de la presunta ley." Los autores del Código Civil olvidaron el principio de la publicidad para apegarse á la tradición romana que consagraba el principio de la clandestinidad, si se puede dar el nombre de principio á una legislación que no tiene ningún cuidado del interés de los terceros porque ignora las más sencillas nociones de economía política y de crédito público.

6. Ni siquiera puede decirse que la clandestinidad sea un sistema para los autores del Código; éstos siguieron ciegamente la tradición romana tal cual la había consagrado la jurisprudencia antigua, ya estableciendo la publicidad, ya, pues, cubriéndola. Si se trata de donación de bienes susceptibles de hipotecas el Código (art. 939) exige el registro de las actas conteniendo la donación y la aceptación, así como la notificación de la aceptación que tuviera lugar por acta separada, y el art. 941 añade que la falta de registro podrá ser opuesta por cualquiera persona interesada. Igual sistema para las substituciones fideicomisarias permitidas: «Las disposiciones para actas entre vivos ó testamentarias con cargo de restitución se harán públicas, á saber: en cuanto á los inmuebles, por el registro de las actas en los registros de la oficina de hipotecas del lugar de su sitio, y en cuanto á las sumas colocadas con privilegios en los inmuebles por el registro en los bienes afectados del privilegio» (art. 1069). El art. 1070 contiene la sanción habitual en esta materia: es que «la falta de registro podrá ser opuesta por los acreedores y tercer adquirente.»

Esta es la publicidad tal cual la establecía la ley de Brumario, en términos generales, para la transmisión de bienes susceptibles de hipotecas. Los autores del Código fueron, pues, de opinión que las donaciones y substituciones debían hacerse públicas por interés de los terceros acreedores y adquirentes. Pero si los terceros están interesados en conocer las actas de disposición á título gratuito tienen idéntico interés en conocer las actas á título oneroso, las ventas de inmuebles, sólo que su interés es mil veces mayor, pues las donaciones son raras y las substituciones aun más, mientras que las ventas son actas de cada día. El Código quiere que las actas á título gratuito sean hechas públicas, y cuando suceden actas infinitamente más numerosas las enajenaciones á título oneroso y que los terceros, por consiguiente,

tienen más interés en conocer abandonan el principio de publicidad para retrogradar hasta la legislación romana: es la clandestinidad la que prevalece. ¿Es este un sistema? Nó, pues uno de los últimos títulos, el que, á decir verdad, es el sitio de la materia, el título *De los Privilegios é Hipotecas*, exige la publicidad para que el acreedor privilegiado ó hipotecario pueda hacer valer su derecho de preferencia para con los terceros: «Entre los acreedores la hipoteca legal, ó judicial, ó convencional, no tiene lugar más que desde el día del registro hecho por el acreedor en los libros del conservador» (art. 2134). Igual disposición para los privilegios (art. 2106): «Entre los acreedores los privilegios no producen efecto para con los inmuebles sino en tanto que están hechos públicos por el registro en los libros del conservador de hipotecas.» Así el legislador cuida del interés de los terceros cuando se trata de hipotecas ó de privilegios; no se pueden oponer estos derechos ni á los acreedores quirografarios sino cuando han sido publicados. Y cuando se trata de enajenación de inmuebles el legislador olvida que los terceros están igualmente interesados en conocer las actas translativas de propiedad inmobiliar; olvida que, sin la publicidad de estas actas, la publicidad del régimen hipotecario es de tal modo imperfecta que se vuelve casi una burla en lugar de ser una garantía.

7. Los autores del Código se condenan á sí mismos por su inconsecuencia. La publicidad que prescriben en materia de donación, de substitución y de hipotecas, si es útil, necesaria en interés de los terceros, había que generalizar la publicidad, como lo había hecho la ley de Brumario año VII, á ejemplo de las costumbres del empeño. Si la publicidad es inútil para las actas más importantes las enajenaciones de inmuebles lo era también, con más razón, para las donaciones y las constituciones de hipotecas. Había,

pues, que escoger entre la publicidad y la clandestinidad. Los autores del Código se han pronunciado, ya por la publicidad, ya por la clandestinidad, sin que se pueda dar un ápice de razón á estas incoherencias: esto es ligereza, ignorancia, ceguera. Las razones abundan para justificar esta ruda crítica. (1)

El interés general exige que la circulación de la propiedad sea, á la vez que libre, segura, con el fin de que los inmuebles lleguen á manos de aquellos que son más capaces de explotarlos. Es un elemento de riqueza pública y ésta es un poderoso instrumento de civilización. Las leyes de la Revolución, que han devuelto á la circulación los bienes del clero, marcado de manos muertas, y los bienes de la nobleza, gravados de substituciones, han doblado la riqueza nacional. Pero no bastan las cadenas que impedían la circulación de los bienes, es necesario también que las adquisiciones sean estables y seguras. Si el adquirente puede temer que se las quiten no las comprará, entregará sus capitales en empresas comerciales é industriales que le ofrecen el cebo de grandes utilidades, y la tierra no encontrará ya compradores. ¿El Código Civil da esta seguridad á los adquirentes? Dupin, llevando la palabra ante la Corte de Casación, contesta: «El que compra no está seguro de ser propietario, el que paga no lo está de verse obligado á pagar segunda vez y el que presta de ser reembolsado.» ¿Es exagerada esta crítica?

Para comprar con seguridad es necesario tener un medio seguro para garantizar que aquel que vende es propietario de la cosa, y este medio el adquirente no lo tiene en el sistema de la clandestinidad del Código Civil. Se ha dicho que puede mandarse presentar los títulos de su vendedor. Sin duda, suponiendo que el vendedor los tenga. Pero no basta que el vendedor tenga títulos, es necesario que

1 Compárese el Informe de la comisión especial. (Parent, ps. 7 y siguientes).

procedan del verdadero propietario; la dificultad queda, pues, aplazada y se hace insoluble en una legislación que no prescribe el registro público para las actas de translación de derechos reales inmobiliarios. Además, no basta que se reconozcan los títulos del vendedor, puede suceder que haya sido propietario y haya dejado de serlo. Compró hoy una finca, la vendió ayer el propietario; ya no es, pues, propietario y no me transmite la propiedad; si pago seré vencido por el primer adquirente ó me verá obligado á pagar segunda vez. ¿Tengo un medio de asegurarme de que el vendedor no vendió ya la cosa que me vende? Nó, pues las enajenaciones son clandestinas, se pueden hacer por actos privados, y siempre que la venta consentida antes de mi adquisición tenga fecha cierta se me puede oponer; en efecto, el primer adquirente es propietario para con los terceros por sólo el hecho de la venta, sin ninguna publicidad, y puede oponerme su adquisición y reivindicar la cosa contra mí probando la anterioridad de su adquisición. Y puede hacer esta prueba conforme al art. 1328, sin que haya yo tenido los medios de asegurarme de que existía una acta de enajenación anterior á la mía; seré, pues, vencido y obligado á pagar. Luego al comprar no estoy seguro de ser propietario.

Sin duda hay mala fe por parte de aquel que vende un inmueble del que dejó de ser propietario. Pero es precisamente contra el fraude contra el que las leyes deben garantizar á los terceros. Y el fraude es tan fácil que sorprende que no suceda más frecuentemente. Vendo una finca con reserva de usufructos; contamos, pues, con gozar y poseer; nada anuncia que deje de ser propietario: ¿Cómo no han de equivocarse los terceros? ¿Pueden conocer, sospechar siquiera, una translación de propiedad de la que la ley no prescribe la publicidad y que de hecho ha permanecido oculta? Sin embargo, el comprador, con reserva de usufructo para

el vendedor, se ha vuelto propietario de la finca para con los terceros; si compro el mismo inmueble el primer comprador puede reivindicarlo contra mí. Seré vencido, sin que haya tenido los medios de evitar la evicción.

La clandestinidad presenta todavía otro peligro para el adquirente. Puede suceder que la cosa haya sido vendida sucesivamente y que uno de los vendedores no haya pagado. Tendrá la acción de resolución, y si la venta está resuelta todas las adquisiciones caerán. ¿Tiene el adquirente un medio de conocer la existencia de la condición resolutoria ó de ponerse al abrigo del peligro de la evicción que lo amenaza? Nó, pues tendría que hacerse presentar todas las actas de enajenación, y puede suceder que su vendedor no las posea; puede suceder también que las actas no hagan constar más que el precio que queda por pagar. ¿El adquirente lo purgará para obligar al vendedor no pagado á que se la conozca? En la teoría del Código la purga borra el privilegio del vendedor, no borra su derecho de resolución. Nuevo engaño para el tercer adquirente; purgó; se cree al abrigo de toda acción; paga, y hé aquí que un vendedor no pagado promueve la resolución y le quita el inmueble del que creía haberse vuelto propietario incommutable.

8. La clandestinidad de las actas translativas de propiedad inmobiliar no sólo es un peligro para los adquirentes, paraliza y hace inútil la publicidad de los privilegios ó hipotecas. Dupín dice que en el sistema del Código el que presta sobre hipoteca no está seguro de ser pagado. Estipulo una hipoteca para la seguridad de mi crédito; la registro, tengo el primer lugar y el inmueble vale mucho más que mi crédito. ¿No debo creerme con entera seguridad? Sin embargo, la garantía puede ser derisoria. Para que la hipoteca me dé una seguridad eficaz una primera condición está requerida: es que haya sido consentida por el propietario; y el acreedor que estipula una hipoteca no tiene ningún me-

dió de asegurarse de que el deudor es propietario del inmueble. En vano hará que se le presenten los títulos, éstos pueden ser incompletos ó pueden no ser pagados; lo que abre al vendedor no pagado la acción de resolución, y ésta hace caer todos los derechos reales y también la hipoteca. Además, como la acabamos de decir el deudor puede haber sido propietario y haber dejado de serlo. Estipulo una hipoteca hoy, los títulos de mi deudor están en regla, pero vendió ayer el mismo inmueble que me ofrece en garantía derisoria, puesto que mi deudor no es ya propietario, y no tengo ningún medio de asegurarme de que ya no lo es. Se ve aquí la extrema inconsecuencia de los autores del Código Civil. Está reconocido que la publicidad de las hipotecas es necesaria, esta es la base y el alma de nuestro régimen hipotecario. La base es poco sólida y el alma falta. ¿Qué importa que las hipotecas se hagan públicas, que sólo tengan efecto por el registro? Un comprador ignorado vendrá á vencer al acreedor hipotecario; su hipoteca es nula, puesto que fué consentida por un deudor que ya no era propietario del inmueble. Es, pues, verdad decir que aquel que presta sobre hipoteca no está seguro de ser reembolsado.

9. ¿Qué se dirá de los terceros acreedores quirografarios? La inconsecuencia es siempre la misma y las garantías son nulas. El legislador cuida por el interés de los acreedores quirografarios cuando se encuentra en conflicto con acreedores hipotecarios ó privilegiados; éstos no pueden oponerles su derecho de preferencia sino á condición de que lo hayan hecho público. ¿Pero de qué les sirve esta solicitud? Trato con un propietario en fe de su riqueza inmobiliar y tengo el cuidado de asegurarme de que sus inmuebles no tienen ningún gravamen. Pero este propietario vende sucesivamente sus bienes todos; no tengo derecho de persecución y pierdo mi crédito. ¿Es culpa mía, se dirá, porque tuve la imprudencia de prestar mis fondos sin ninguna garantía? Sea,

pero tengo la culpa porque en el momento en que traté mi deudor había ya vendido todos sus bienes por actos ocultos que los terceros vendrán á oponerme? Aquí la culpa la tiene el legislador y su inconsecuencia es inconcebible. Se preocupa del interés de los acreedores quirografarios cuando están en conflicto con los hipotecarios ó privilegiados y los olvida completamente cuando el deudor enajena los bienes que formaban su prenda. ¡Singular prenda que se les escapa sin que lo sospechen!

10. Esto no es todo. Puede suceder que los derechos consentidos á terceros sean válidos como concedidos por el verdadero propietario. Y no obstante la falta de publicidad comprometía los intereses de los terceros que el legislador debía resguardar. Compró un inmueble; mi vendedor es propietario, pero por actas clandestinas había gravado estos inmuebles con derechos reales, servidumbres, usufructos; tengo contra él una acción de garantía, pero de qué me servirá si es insolvente? Quedaré gravado con cargos onerosos que no pude conocer porque están establecidos por actas que permanecieron ocultas. Estipulo una hipoteca; mi deudor es propietario, mi garantía es válida, pero sucede que el deudor había consentido un arrendamiento á plazo largo; apesar del arrendamiento puedo expropiar el bien que me fué hipotecado. Pero los bienes dados en arrendamiento se venden difícilmente, la venta no producirá el precio con el que podía contar; perderé, pues, parte de mi crédito.

11. La publicidad de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios y de los arrendamientos que se ligan á ellos evita todos estos peligros. Antes de comprar un inmueble consultaré el registro en el que se encuentran protocolizadas todas las actas relativas al fundo que me propongo adquirir. Remontando de un título á otro puedo comprobar que mi vendedor es propietario, cuando menos, por obra de la prescripción. En todo caso estoy al abrigo

de una acción de evicción que me intentara un adquirente precedente, pues no puede oponerme su adquisición más que si fué hecha pública, y el certificado de inscripciones me enseñará si hay ó no una acta registrada. Si sospecho que exista un vendedor precedente que no haya sido pagado cumpla la formalidad de la purga; y en virtud de la nueva ley el derecho de resolución se encuentra borrado á la vez que el privilegio del vendedor. No se puede además oponerme ningún cargo, ni siquiera un arrendamiento á plazo largo, si no han sido hechos públicos; y la publicidad resguarda mis intereses, puesto que me pone en medida de vigilarlos.

Estipulo una hipoteca. Mi primer cuidado será asegurarme de si mi deudor es propietario. El protocolo me dará este medio. Ya no tengo que temer una venta secreta que mi deudor hiciera del inmueble que me ofrece en garantía, pues una acta no registrada no tiene ningún efecto para conmigo. Ya no tengo que temer la condición resolutoria, pues la publicidad de los privilegios me da á conocer si hay una condición resolutoria y si se ha conservado.

En cuanto á los acreedores quirografarios el sistema de la publicidad, tal como lo organizaba las costumbres del empeño y tal como lo establece nuestra Ley Hipotecaria, les da la única garantía que pueden reclamar. No tienen derechos reales en los bienes de su deudor; esta falta de seguridad no es imputable al legislador, se debe al descuido ó desconfianza excesiva suya; todo cuanto pueden pedir es conservar una prenda que la ley les concede mientras que el deudor no dispuso de ella legalmente; es decir, públicamente. La publicidad de las hipotecas, el registro de las actas translativas de propiedad inmobiliar, les advierte que la solvencia de su deudor disminuye y que su prenda amenaza desaparecer. Esto es todo cuanto puede hacer la ley para ellos; advertidos pueden tomar las medidas que les aconse

je la prudencia; y si el deudor promueve clandestinamente las actas de disposición que hace no podrán serles opuestas.

Cuando el sistema de publicidad está completo avisa á los terceros todos los cargos que tiene un inmueble, aun los arrendamientos. Y basta que estén advertidos para que su interés esté resguardado. El que compra un inmueble sabrá por el registro que está gravado con un derecho de usufructo ó de servidumbre; sabrá que el bien está dado en arrendamiento por un plazo largo; tratará en consecuencia. Lo mismo sucederá con el prestamista sobre hipoteca. Lo que hace tan peligrosos los préstamos sobre hipotecas es la clandestinidad de las actas translativas de propiedad inmobiliar. El vicio indica el remedio, es la publicidad la más completa.

12. La publicidad, que es una garantía para los terceros, es también muy ventajosa para los propietarios. Por una singular ceguera los propietarios del antiguo régimen, los nobles, se opusieron siempre á la publicidad de las transacciones inmobiliarias, y la vanidad de casta prevaleció al interés general. Ni siquiera puede decirse que los nobles ó los propietarios en general tuvieran interés en la clandestinidad, á no ser que se considere como tal la facilidad de engañar á los terceros, y no se puede seguramente tomar en cuenta semejante interés. ¿Cuál es el verdadero interés del propietario? El de poder vender fácil y ventajosamente, si tiene utilidad ó necesidad de vender. Y si el comprador puede temer que apesar de todas las precauciones que tome tendrá riesgo de ser vencido no comprará ó lo hará en condiciones onerosas para el vendedor; los riesgos de evicción serán uno de los elementos que determinarán el precio que ofrecerá; en definitiva, el propietario sufrirá las consecuencias de la falta de seguridad, consecuencias necesarias de la clandestinidad. El propietario preferirá conservar la propiedad de sus bienes; pero si necesita fondos

para mejorar el cultivo ó si quiere pedirlos prestados para emprender industrias ó comercio, estará igualmente interesado en que su situación inmobiliar sea exactamente conocida por los capitalistas á los que se dirige. La menor incertidumbre, el menor riesgo de pérdida aumentarían las exigencias del prestamista y disminuirían, por consiguiente, el crédito del que el deudor puede y debe gozar por razón de su fortuna inmobiliar. Sólo hay una clase de propietarios que estén molestados por la publicidad: son los que viven en la ociosidad, que gastan mucho; su vanidad sufre cuando las enajenaciones que se ven obligados á hacer se hacen públicas y cuando los cargos que los gravan se entregan á la publicidad; prefieren tener las mentirosas apariencias de una gran fortuna, lo que conduce á engañar á los terceros que tratan con ellos. ¿Será necesario añadir que la ley debe prescribir la más lata publicidad precisamente para impedir que los terceros sean engañados? En cuanto á la vanidad herida el legislador no tiene que inquietarse de ello; su misión no es alimentar vicios. Si tiene lecciones que dar éstas deben ser de rectitud y de honradez.

§ II.—ORIGEN DE LA PUBLICIDAD.

13. No hay historia más interesante que la del origen de la publicidad que hoy preside todas las transacciones de inmuebles. Hemos dicho que en la antigua jurisprudencia había dos tradiciones, del todo contrarias, acerca de esta materia: la romana y la de los usos del empeño. Se conoce el culto de que era objeto el derecho romano, siendo Francia la que le dió el bello nombre de *razón escrita*. Los usos, al contrario, parecían una herencia de la barbarie germánica y del feudalismo, siendo estas apariencias absolutamente engañosas. La pretendida razón escrita en lo relativo

vo á la trasmisión de derechos reales inmuebles no tenía en cuenta el interés de los terceros, notenia la sospecha de las exigencias del crédito, era la clandestinidad con todos sus peligros y abusos. Es verdad que los usos procedían del feudalismo y que éste viene desde las selvas de la Germania. Sin embargo, los usos feudales, por excelencia los del Norte de Francia y Bélgica, consagraban la mayor publicidad en todos los actos translativos de derechos reales inmuebles; nuestra Ley Hipotecaria no ha hecho más que reproducir los principios de los usos del empeño. Esto es milagroso. Los jurisconsultos romanos han llevado á la perfección la ciencia del derecho; serán siempre nuestros maestros, sin que jamás lleguemos á igualarlos, y ésta, tan perfeccionada, consagraba en materia de transacciones de inmuebles lo opuesto á la verdad; la clandestinidad ciertamente que no es la razón escrita sino la ignorancia escrita. La verdad, en esta materia, nos ha venido de la barbarie. ¿No es esto prodigioso? El prodigio se explica, pero también prueba que hay en la vida un elemento que no es el de la libertad humana. Hemos enseñado en nuestros *Estudios sobre la historia de la humanidad* que Dios es el que preside los destinos. De igual modo que la Divina Providencia ilumina la historia se revela á cada paso en todos los accidentes de la vida; basta con no cerrar los ojos á la luz de la verdad para ver más todavía, para quedar inundado. ¿Es que nuestros antecesores de las selvas germánicas pensaban en las necesidades del crédito imaginando formas palpables que dieran una especie de publicidad á la trasmisión de la propiedad de los inmuebles? Ciertamente que no, como tampoco los barones feudales no pensaban en los intereses de los terceros *desposeyendo* al propietario que enajenaba un inmueble dando la posesión al adquirente. De aquí emana, sin embargo, el *empeño* de costumbres, y esta no es otra cosa más que la transcripción de nuestras leyes actua-

les. La filiación es incontestable. ¿Se debe inducir que la barbarie germánica ha sido en esta materia superior á la ciencia romana? Esto sería explicar un prodigio por un contrasentido. A decir verdad no hay prodigio, pues que el milagro es constante: es la influencia de Dios en los destinos del hombre; que se la llame Providencia ó Inmensidad de Dios en la humanidad esto importa muy poco con tal que Dios inmanente no se confunda con el mundo. Siempre sucederá que los hechos no podrán contestarse: la posesión germana y feudal se ha transformado en empeño, y el empeño es el principio de la publicidad, uno de los fundamentos de nuestro orden civil. No es ni á los germanos ni á los señores feudales á los que debemos este bien; ¿si no es á los hombres no sería á Dios? ¡Ciegos son los que niegan el progreso, que no ven que se cumple por la mano de Dios en todas las esferas de la actividad humana! ¿Preguntaremos por qué la tradición romana, que también admitía una especie de posesión, no se ha transformado hasta llegar á ser una especie de publicidad? La respuesta es sencilla. Cada época, cada raza, tiene su misión; el del pueblo rey era el comercio y la industria, estaba llamado á conquistar y á gobernar al mundo. Roma legó su derecho á la Edad Media y á los tiempos modernos, pero era un derecho muerto, la *razón escrita*; lo que estaba *escrito* debía ser inmutable como el texto; no habiendo desarrollo no había progreso posible. El verdadero derecho, el derecho vivo, era el derecho de costumbre; elemento de la vida, se transformaba con ella. Hé aquí cómo la posesión germana y feudal se ha convertido en el empeño y éste en la transcripción. ¿Por qué se ha operado esta transformación en los usos del Norte de Francia y Bélgica más bien que en las provincias del Mediodía? Aquí reinaba el derecho romano, derecho muerto é irreformable. La revolución sólo se podía operar en los países de los usos; si se operó en

Bélgica más bien que en otro lugar fué porque el espíritu feudal era allí más poderoso; la historia dice que los burghueses de nuestras provincias combatieron la caballería feudal y que vencieron. Si el espíritu feudal dominaba en las ciudades era el espíritu de libertad y no el del servilismo; fué á la libertad á la que debieron su riqueza nuestras poderosas provincias. Estaban, pues, predestinadas á transformar la posesión tradicional en empeño; es decir, en servirse de un uso feudal para resguardar el interés del tercero; y este interés no era más que la circulación libre y segura de la propiedad; la que se confunde con el crédito de los particulares; principio de riqueza y poderío.

Sentimos que el límite de nuestro trabajo, de por sí largo, no nos permita escribir la interesante historia de la transcripción. Los rasgos generales bastan para el objeto de esta obra. Convidamos á nuestros jóvenes lectores á seguir este estudio que tiene tantos atractivos y tan grandes enseñanzas.

Núm. 1. Los usos del empeño. (1)

14. En los usos llamados *de posesión y de empeño* la propiedad de los inmuebles se transfería en virtud de la ley ó por la *realización*. Era una toma de posesión comprobada por los tribunales en registros públicos depositados en la secretaría. El *empeño* es en el fondo idéntico á la *transcripción*; no difiere más que en la forma, que, según los usos, eran judiciales; mientras que conforme á nuestro derecho son administrativos. Esta diferencia viene de que antes de la revolución de 1789 los tribunales estaban investidos no solamente con la jurisprudencia contenciosa sino también

1 Véanse las fuentes citadas en Britz, Memorial premiado (en los Memoriales premiados de la Academia de Bruselas, año de 1846, p. 903 y nota). Agréguese Wynantes, *Decis.* 144, núm. 11; Voet, *Comment. ad Pand.*, XLI, I, 38. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley* Ct. VIII, p. 35).

con la voluntaria. Este sistema de publicidad reinaba en el Norte de Francia, en toda Bélgica, comprendiendo todas las provincias septentrionales. Las formalidades del empeño se llamaban *deberes de ley* aunque no hubiesen sido introducidos por la ley, pero el legislador los consagra y esto les da fuerza de ley general. (1) Muchas veces se distinguía, las formalidades de los *deberes de ley* propiamente dicho y los que llevaban el nombre de *main-mise, main-assise, mise de fait*. Esta última denominación se usaba en donde la puesta en posesión se hacía por jueces reales; mientras que se daba el nombre de *deberes de ley* á la puesta en posesión que se hacía con oficiales del señor cuyos bienes eran movibles. Esta era la expresión usual, que se comprende siendo el empeño de origen feudal. Cualquiera enajenación de un derecho real inmueble implica una abdicación del antiguo propietario y una transmisión ó una adquisición del adquirente; este doble hecho constituía el empeño; de aquí los nombres de *desheredado* y *desposeído* en lo referente al vendedor y de posesión y herencia en lo referente al comprador; aun había otras palabras para expresar la misma idea; las formas y las expresiones varían de un uso á otro; despreciamos estos detalles para limitarnos á la esencia del empeño.

15. Era de principio que la convención y el acta que la comprobaban no bastaban para transferir la propiedad al comprador. Se lee en las *Decisiones* de Jean Des Mares: «En venta de herencia se necesita *vest* y *devest* (2) aunque haya un escrito, puesto que el vendedor se queda siempre en la verdadera posesión hasta que sea desposeído por el dueño del inmueble, y no puede llamarse comprador pose-

1 Cartel de Felipe II de 6 de Diciembre de 1856. Edicto perpetuo de los archiduques Alberto é Isabel de 12 de Julio de 1611. Cartel de 16 de Septiembre de 1673.

2 Las palabras *vest* y *devest* son idénticas á las expresiones *posesión* y *desposesión*. En flamenco *erfeenisse* y *ontorfeenisse*.

sionado hasta que no lo sea por el dueño del inmueble, de su lugar.» (1) Merlin dice que el principio del empeño era en el fondo el del derecho romano, según el cual se transfería la propiedad no por simples contratos sino por tradición. Así se lee en las costumbres de Lieja (cap. VI, art. 1.º): «Todos los bienes inmuebles, ya sean herencias ó rentas, no pueden ser válidamente enajenados por contrato ante notario y testigos, ni de otro modo que no sea ante la justicia, para dar título ó acción real.» Sin embargo, la diferencia es muy grande entre la tradición romana y el empeño de costumbre, pues que la tradición conduce á la clandestinidad, mientras que el empeño era esencialmente público. Se exigía la tradición como condición de la trasmisión de la propiedad entre las partes contratantes, el interés de los terceros no desempeñaba ningún papel; el empeño, al contrario, no estaba requerido más que en interés de los terceros. Merlin lo dice: En todos los casos en que no hay terceros interesados los derechos del adquirente que no ha llenado las formalidades del empeño son los mismos que si hubiese sido posesionado. (2) En este sentido los deberes de ley son sinónimos de la publicidad.

16. Del principio de que los deberes de ley estaban requeridos en interés del tercero resultaba que el vendedor quedaba propietario en su respecto en tanto que no se llenaban las formalidades del empeño. El que vende sus bienes, dice Bouteiller, pero los retiene en posesión sin entregarlos al comprador, es aún dueño de la cosa. (3) De aquí la consecuencia importante de que de dos compradores de un mismo bien aquel que primero la posee tiene la preferencia aunque su contrato sea posterior en fecha y aunque el pri-

1 Decisiones de Jean Des Mares, núm. 189 (en Brodeau, *Comentario acerca de los usos de París*).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. II, núms. 1 y 4 (t. XXI, ps. 68 y 70).

3 Bouteiller, *Suma rural*, libro I, cap. VII, p. 397.

mer comprador hubiera entrado de hecho en posesión de la cosa. Esto es lo que las costumbres deciden terminantemente. «No basta al adquirente ponerse por sí en posesión de la heredad que adquirió; de modo que si el vendedor vendiera otra vez dicha heredad á otro antes de haber puesto en posesión al primer comprador en este caso el segundo comprador sería el señor de la cosa vendida. (1) Tal es también la consecuencia, en nuestro derecho, del principio de la transcripción; el acta de venta no registrada no puede ser opuesta á los terceros, dice nuestra Ley Hipotecaria. ¿Cuáles son los terceros que pueden prevalecerse de la falta de registro? Diremos más adelante que la cuestión está controvertida en nuestro derecho. En la jurisprudencia antigua se decidía que los acreedores quirografarios del vendedor podían embargar el bien vendido mientras que el acreedor no estaba en posesión de él. Esta es, dice muy bien el autor del *Repertorio*, la consecuencia lógica del principio en virtud del cual un segundo comprador que tomó posesión se prefiere á un primer adquirente que no está en posesión; el vendedor permanece dueño de la cosa, está en su patrimonio y, por tanto, sus acreedores pueden embargarla. Hay una sentencia del Parlamento de París en este sentido. (2)

Nuestra Ley Hipotecaria hace una restricción á este principio: para que un tercero pueda prevalecerse de la falta de registro es necesario que sea de buena fe; es decir, que ignore el hecho de la primera venta. Se admitía el mismo principio en las costumbres del empeño. «Si, dice un abogado del Consejo Soberano de Mons, el mismo bien fué vendido á dos personas distintas y que el segundo comprador haya sabido cuando su contrato que la venta del mismo bien

1 Véanse los testimonios en Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, párrafo 1, núm. 11 (t. XXI, p. 69).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. 1, núm. 2 (t. XXI, página 70).

se había ya hecho á otro, aunque este segundo haya poseído primero es seguro que en este caso la segunda venta es nula y que el segundo comprador está obligado á devolver el bien al primer comprador. (1) El primer editor del *Repertorio*, al que Merlin da su nombre, Guyot, dijo, en apoyo de esta restricción, que el dolo no debe nunca aprovechar al que lo empleó. Hay dolo en este sentido: que el segundo comprador no es de buena fe; debiera haberse abstenido de comprar, puesto que sabía que la cosa había sido vendida ya á un primer comprador. (2)

17. ¿Cuáles actas estaban sometidas á las formalidades de los deberes de ley? Nuestra Ley Hipotecaria exige el registro de todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. Tal era también la regla de las costumbres del empeño. Se lee en las Cartas Generales del Hainaut (capítulo XCIV, art. 1.º): «Nadie podrá vender, cambiar, dar, arrendar, ni de ningún modo enajenar, sus bienes más que por desposesión ante el señor ó bailío del lugar.»

Nuestra ley somete la transcripción sólo á las actas entre vivos. La transmisión por vía de herencia no tiene que hacerse pública. Lo mismo sucedía en las costumbres del empeño, cuando menos para las sucesiones *ab intestato*. Los deberes de ley, se decía, son inmutables para transferir los bienes del difunto á su legítimo heredero porque la ley le da la posesión de plano. Existían, sin embargo, algunas costumbres del Hainaut que exigían la posesión del heredero en las sucesiones colaterales. Estas sucesiones parecían menos favorables que las directas. De éstas puede decirse, con las costumbres antiguas, que es Dios quien hace á los herederos y los pone en posesión; mientras que las sucesiones colaterales son ya más ó menos arbitrarias, puesto que

1 Cogniaux, *Práctica del retiro*, p. 97.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. 1, núm. 2 (t. XXI, página 69).

se suspenden en cierto grado de parentesco fijado por la ley; y la ley que fija el duodécimo grado podría también fijar el cuarto. Por una consecuencia lógica de este principio se decidía que las particiones no estaban sujetas á las formalidades de obras de ley. En efecto, la partición no transmite la propiedad, sólo declara los bienes á que tienen derecho los copartícipes por la ley, ó por Dios, como dicen nuestras antiguas costumbres; las particiones debían, pues, quedar fuera de la regla porque las sucesiones no estaban comprendidas en ella. Había, sin embargo, una costumbre de Hainaut que exigía la posesión aun para las particiones. (1) Este principio es el que prevaleció en nuestra Ley Hipotecaria.

Nuestra Ley Hipotecaria extendió esta excepción á la sucesión testamentaria. Lo mismo sucedía en la mayor parte de las costumbres de sucesión; sin embargo, había costumbres belgas que aplicaban los deberes de la ley á la transmisión por testamento. Una de estas costumbres hasta quería que el testador se desheredase judicialmente de los bienes de que disponía, lo que era muy lógico, pues no basta para la posesión que aquel que adquiere esté en posesión, sólo puede poseer después de que su autor esté desposeído. Resulta de la necesidad de la posesión una consecuencia muy peligrosa para el legatario: es que si el heredero enajenaba la cosa ligada antes que el legatario la poseyera por ministerio de la ley la venta era válida, el legatario no tenía más que una acción personal contra el heredero, acción que podía ser ineficaz. (2) Esta consecuencia es la que detuvo al legislador belga; la necesidad de registrar para hacerse propietario para con los terceros hubiera puesto al legatario á merced de un heredero de mala fe.

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Posesión*, pfo. 1, núm. 6 (t. XXI, p. 78, 6.º y p. 78, 7.º).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Posesión*, pfo. 1, núm. 6 (t. XXI, p. 79, 8.º).

18. En cuanto á las actas entre vivos las costumbres de investidura no difieren mucho de nuestra legislación moderna: toda acta translativa de derechos reales inmobiliarios estaba sometida á los deberes de ley. Tal era especialmente la enfiteusis, que en el derecho antiguo daba las apariencias de la propiedad. Las costumbres declaraban inmuebles las enfiteusis realizadas por deberes de la ley, y muebles las que no estaban realizadas; es decir, que si el sucesor singular podía venderlas sólo era por obras de la ley como adquiriría un derecho contra los terceros.

Lo mismo pasaba con las servidumbres personales y reales: son un desmembramiento de la propiedad; luego el establecimiento de una servidumbre es una acta de enajenación y, con este título, sometido á la formalidad de la posesión. Voet lo certifica para las costumbres de Bélgica. Es por error por lo Grotius pretendió que las formalidades del *vest* y del *devest* eran inútiles en esta materia.

Todas las costumbres de Bélgica estaban acordes en prescribir la posesión para la validez de las hipotecas. Esta es una consecuencia lógica del principio de la publicidad, puesto que la hipoteca interesa esencialmente á los terceros á los que el acreedor hipotecario está preferido. Lo mismo pasaba en las costumbres francesas. Se decía que la publicidad pugna con los pueblos latinos. Este es un curioso ejemplo del poder de la tradición romana. Un edicto de Luis XV (Junio de 1771, año 35) abrogó el uso de las posesiones y empeños para adquirir hipoteca y preferencia, derogando á este efecto todas las costumbres contrarias á esto. (1) Así Francia, en vísperas de la revolución, volvía al principio de la clandestinidad romana en materia de hipoteca. Esto explica los desfallecimientos del Consejo de Estado y los extraños prejuicios de los mejores jurisconsultos

1 Merlín, *Repertoire*, en la palabra *Poseción*, t. XXI, ps. 67 y 85.

tos que asistieron á él; para ellos la posesión era una barbarie feudal y era un progreso abolirla.

En fin, había costumbres en que era de uso empeñar las cosas dadas en arrendamiento. La ley ha generalizado esta regla; aunque el arrendamiento no da al arrendatario un derecho en la cosa los terceros están interesados en conocerlo, como tienen interés en conocer los cargos reales que gravan un inmueble.

19. En todos los países de posesión los deberes de la ley debían ser cumplidos ante el juez de los inmuebles; no eran mucho de competencia de los notarios. En el siglo XVII habiendo creado Luis XIV en la Villa de Avesnes seis oficios de notarios estos oficiales obtuvieron un decreto que les autorizaba á dar en los contratos que recibían las posesiones y desposesiones, y ordenaba que tendrían el mismo efecto que si hubiesen sido concedidas por los hombres de corte feudal de la jurisdicción de dichos bienes. El bailío y el secretario de los países de Avesnes se opusieron á este decreto; invocaron las costumbres del Hainaut que exigen imperiosamente deberes de la ley para la adquisición de un derecho real de propiedad. Los notarios no lo contestaban, pero pretendieron que era satisfacer las costumbres el insertar en los contratos que recibían las actas de posesión y desposesión con los mismos términos que si hubieran sucedido ante la gente de justicia del lugar. Se equivocaban grandemente en esto, decían los opositores. En efecto, la validez de estas actas no era una cuestión de estilo; era preciso, ante todo, que los que recibían tuviesen calidad para recibir, y las costumbres quieren que las actas de posesión y desposesión se hagan ante la gente de justicia; y es por buenas razones por lo que la posesión debe ser una acta judicial, pues es un acto público y solemne, mientras que las actas del ministerio de los notarios permanecen secretas. La publicidad y la solemnidad son los únicos medios de obviar el frau-

de y los engaños. El Parlamento de Metz dió razón á la oposición, y á la vez que permitiendo á los notarios recibir toda clase de contratos y actas, tanto por derechos reales como personales, decidió que las partes no adquirirían ningún derecho real en virtud de dichos contratos antes de haberlos realizado ante los bailíos y hombres de alta justicia para los señores y ante el alcalde y gente de leyes para los siervos. (1)

Por esto no se podía proceder á los deberes de ley sino en audiencia de la justicia señorial. Es verdad que los deberes de ley pertenecen á la jurisdicción voluntaria, y en general las actas de esta naturaleza pueden ser pasadas por los jueces en cualquier lugar que se hallen éstos. Se hacía excepción á esta regla para los deberes de ley; un anuncio de 9 de Mayo de 1618 pronunció la nulidad de la posesión en caso de contravención. Los antiguos autores dan como razón la ignorancia de los jueces de villorrios, escogidos amenudo entre los artesanos y capaces de los mayores abusos si se les permitiera obrar en la sombra. Hay que agregar que la clandestinidad hubiera sido en contradicción abierta con el carácter de la posesión; debía, por su objeto, ser pública y solemne, como acabamos de decirlo.

20. En las provincias belgas cada clase de bienes estaban sometidos á un tribunal particular. Los señores dependían de la corte feudal, compuesta del bailío y de los hombres de señorío; los siervos y artesanos eran de la jurisdicción de la corte inferior, compuesta de un preboste ó mayor y de hombres de leyes. Así la posesión de los señores se efectuaba ante la corte feudal y la de los siervos ante la corte inferior. (2)

Los deberes de ley consistían en una *desposesión* y una

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley*, pfo. 1, núm. 11 (t. VIII, p. 39).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley*, pfo. II, núm. 1 (t. VIII, p. 45).

entrada en posesión que se llamaban «*déshéritance*» y «*ad-héritance*», «*vest*» y «*devest*». Siguese de esto que ambas partes debían comparecer ante la justicia, una para desposeerse y la otra para entrar en posesión. La formalidad de la posesión consistía en una tradición simbólica; el vendedor ponía en manos del jefe de la jurisdicción un bastón, símbolo de la heredad, y el juez lo entregaba á su vez al comprador. Esta era la antigua posesión feudal, aunque hecha en justicia, y con este título pública y solemne, y esta puesta en posesión no bastaba para dar publicidad á la transmisión de las propiedades inmobiliarias, pues la posesión era un acto pasajero del que los terceros interesados podían no tener conocimiento. Era necesario un complemento á la posesión, una acta que la comprobara y que fuera pública. Se redactaba acta de los deberes de ley; debía contener una exacta declaración de cada parte de la heredad vendida, marcando su extensión y los linderos de los bienes; si el acta estaba concebida en términos generales se podía pedir su nulidad. Este es el principio de la especialidad en materia de hipotecas, principio que se enlaza íntimamente con el de la publicidad, ambas bases de nuestro régimen hipotecario. Y lo que es verdad en materia de hipoteca lo es también en materia de derechos reales inmobiliarios; los terceros deben saber de un modo preciso cuál es la heredad enajenada ó gravada de un derecho real. (1)

Nuestra Ley Hipotecaria no admite al registro más que en las actas auténticas. Asimismo no se podrá poseer más que las actas auténticas; los contratos en virtud de los que se pasaban los deberes de ley tenían que ser auténticos, y si eran privados tenían que ser reconocidos ante el juez. (2) Los antiguos autores no dan el porqué; en una época en

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley*, pfo. 1, núm. 1 (t. VIII, p. 36); pfo. 3, núm. 1, p. 51.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley*, pfo. 3, núm. 2 (t. VIII, p. 53).

que la ignorancia era aún mayor que hoy las actas privadas mal redactadas eran una fuente de pleitos, lo que son ya por su naturaleza, puesto que no hacen fe y que basta negar la firma ó la letra para quitarles toda fuerza probante.

En fin, las actas tenían que ser registradas en la secretaría del tribunal que las había recibido. Esta es la condición más esencial de la publicidad; los registros eran indiferentemente enseñados á todo el mundo. Los tribunales formaron reglas, como tenían derecho en la antigua jurisprudencia, y los reyes publicaron ordenanzas para prescribir el registro, lo que llamamos hoy la transcripción, y también para que los registros no fueran alterados. Este es absolutamente el sistema de nuestra legislación. (1)

Núm. 2. El empeño y la posesión feudal.

21. Uno de los autores del Código Civil, Bigot-Préaumeu, presenta el empeño de costumbres como el resultado de la opinión feudal. Los señores, dice, con el fin de multiplicar sus derechos de mutación han asimilado la constitución de hipoteca á una enajenación efectiva y han estorbado las transmisiones de la propiedad con mil formalidades para que ninguna pudiera escapar á su codiciosa vigilancia. Se ha contestado, y con razón, que esto es falsear enteramente la verdad y la historia. (2) Se puede, sin duda, reprochar la fiscalización al régimen feudal, pero siempre debe uno recordar que no existían impuestos generales bajo aquel régimen; los señores sólo tenían derechos y privilegios, trataron de aumentarlos y es bastante natural que hayan aprovechado de las mutaciones de la propiedad inmobiliar para percibir un derecho. Se hará mal en reprocharles esto, puesto que hemos mantenido el derecho con-

1 Brillón, *Diccionario de sentencias*, en la palabra *Posesión*. Merlin, en la palabra *Deberes de ley*. pfo. III. núm. 5 [t. VIII, p. 53].

2 Troplong, *Privilegios é Hipotecas*, prefacio, pag. 7 (edición belga).

virtiéndolo en impuesto. En cuanto á la formalidad del empeño ó del registro que el Código ha abolido data, es verdad, desde la feudalidad, pero no tiene nada de común con la opresión feudal. Los deberes de ley son por sí mismo un beneficio, pues que consagran la publicidad, única que resguarda los derechos de los terceros y asegura el crédito público; mientras que la clandestinidad del Código Civil compromete á la vez los derechos de los terceros y el interés de la sociedad. De seguro el principio de la publicidad no es responsable de la fiscalización feudal. Habrá que mantenerla aboliendo los abusos del fisco ó moderando, cuando menos, sus exigencias.

El origen feudal de la transcripción ¿quién lo creyera! ha sido uno de los argumentos que se han opuesto en Francia en 1855 al establecimiento del registro. (1) No valdría la pena mencionar esta singular objeción si no fuera para mostrar cuán grande es la ignorancia de la historia y cuánto importa fortificar los estudios históricos. ¿Por qué, se decía en el Cuerpo Legislativo, el empeño se prescribía por ciertas costumbres? Es porque no había tierra sin señor. No pudiendo éste enajenar ni amenguar su señorío se imaginó dividir el derecho de propiedad y distinguir entre el *dominio útil* y el *dominio directo*: el señor conservaba el segundo y disponía del primero. No se podía adquirir sino después de consentirlo el señor. Es esta formalidad la que, en el derecho intermedio, fué substituida por la transcripción. En el derecho nuevo ya no había para qué ocuparse de estos restos del régimen feudal. Por esto es que el Código sienta en principio que la venta está perfeccionada por sólo el consentimiento de las partes. Querer establecer la transcripción separando de nuevo el dominio directo y el dominio útil es de algún modo reconstituir el feudalismo.

1 Sesión del Cuerpo Legislativo de 13 de Enero de 1855 (analizada por Troplong, *De la transcripción*, p. 66).

Apresurémonos á oponer la verdadera historia á la ignorancia de la historia. El origen feudal del empeño es incontestable; ¿quiere esto decir que se debe repudiar la transcripción que lo substituyó? Todo nuestro estado social, principiando por nuestra libertad, tiene su principio en el régimen feudal: ¿quien pensaría en repudiar nuestras instituciones políticas porque proceden del feudalismo? Ya antes de la revolución de 1789 nada había de feudal en el empeño más que el nombre de feudo y de corte feudal que las costumbres habían conservado. ¿Se quiere la prueba? Los antiguos jurisconsultos discutían la cuestión de saber si los francos alodios estaban sometidos á las formalidades del empeño. Nó, se decía, pues los señores no han sido propietarios de terrenos alodiales, ya no tienen su dominio directo, luego la enajenación de estas tierras se hace sin las solemnidades de la desposesión y toma de posesión. Sin embargo, las costumbres del Hainaut, feudales por excelencia, prescribían para los alodios formas análogas á las que se observaban para los feudos: cada mutación de propiedad se hacía en presencia de dos francos «*alodeadores*,» especie de oficiales que tenían en estas tierras la misma jurisdicción que los bailios y hombres de feudos tenían en los feudos y los mayores en las manos fuertes. No se podía, pues, enajenar un alodio, como no se podía hacerlo con un feudo ni obras de ley. Prueba de que la posesión feudal se había transformado en cuanto á su significación y objeto. Ya no se trataba de resguardar la soberanía directa del señor sino de garantizar los intereses de los terceros. Esto es lo que declaraban terminantemente el anuncio de Carlos V de 1.º de Febrero de 1538 y el de Felipe II de 6 de Octubre de 1536 que prescribían el empeño para todos los actos que enajenan ó cambian una heredad; se dice en ellos que estas formalidades tienen por objeto evitar el fraude y el dolo. Así desde el siglo XVI ya no se trata de la soberanía

directa de los señores; el interés general tomó el lugar de los intereses feudales; por esto no se encontraba en las leyes belgas ningún rastro de distinción entre los alodios y los feudos en lo que se refiere á la formalidad de la desposesión y de la posesión; y la razón es muy sencilla: el interés de los terceros exigía la publicidad de toda enajenación, cualquiera que fuera el origen de los bienes, ya fueran alodios ó feudos.

22. Esta es la verdadera historia y ¡cosa notable! está expuesta en el *Repertorio* de Merlin, allí mismo donde el autor comprueba el origen feudal del empeño. (1) Es necesario remontarse más atrás si se quiere comprobar el origen de los deberes de ley; la posesión feudal es ya una transformación de la posesión germánica; se debe, pues, penetrar en los bosques de la Germania para encontrar las primitivas formas de una institución que está con justo título considerada como base del crédito. Así es como debiera escribirse la historia. Cuando sólo es una recopilación de hechos sin dar á conocer la filiación y significación entonces, es una ciencia poco menos que inútil; se vuelve, al contrario la más importante de las ciencias cuando establece por los hechos la ley del desenvolvimiento progresivo de la vida humana bajo todas sus facetas. Esto es lo que hizo Montesquieu para las instituciones feudales; halló sus raíces en los bosques de la germania, y los historiadores filósofos hacen hoy lo mismo para la libertad y sus garantías. ¿Quiere decir esto que se deba celebrar la barbarie germánica y la opresión feudal? Seguramente no. La Providencia es la que se debe celebrar, viendo á Dios en la historia como lo descubrimos en nosotros mismos, guiando é inspirando á los individuos y á las naciones. No hay espectáculo más mara-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley*, pfo. 1, núm. 4 (t. VIII, p. 36).

villosa ni más instructivo como la historia así considerada.

Hoy la propiedad se transfiere por el solo efecto del contrato; es decir, por la voluntad de las partes contratantes. Los pueblos bárbaros no entienden que la propiedad cambie de mano por la sola fuerza del consentimiento; es apenas si conocen la propiedad inmobiliar y esta propiedad se transmite de mano á mano; el vendedor se desposee de la cosa y el comprador entra en posesión. Tal es el primer germen de la desposesión y de la posesión feudales. Cuando la propiedad se extiende á los fundos de tierra se aplica á la transmisión que se hace de ella la misma idea y, en tanto como es posible, la misma forma. Como no se puede transmitirla de mano á mano se entrega un poco de pasto al comprador: esto es el símbolo de la tierra; se le entrega una rama: esto es el signo de los frutos que nacen del suelo, el signo que más impresionaba á nuestros antepasados, puesto que les recordaba el bosque que les servía de ciudad; ó bien es un palo, un cuchillo, una espada, signo del mando que el vendedor transfiere al comprador. Por sí mismo este simbolismo es impotente, es un hecho pasajero que no deja ningún rastro en la memoria de los hombres. Por esto es que se hacen intervenir hombres libres, *rachimburgos*, *boni homines*, que representan la tribu y dan solemnidad y, por esto mismo, fijeza á las translaciones de inmuebles. Hay todavía un elemento que falta para completar estas formalidades: es el acta en que consta lo que pasó y ministró la prueba. Ignorándose la escritura no podía tratarse de actos ni de registro, pero este complemento de la tradición se hará por la fuerza de las cosas tan luego como se esparza el conocimiento de la escritura. (1)

Se entiende que las formalidades de la posesión germáni-

1 Véanse los testimonios en Pardessus, *Ley sálica*, ps. 616 y siguientes. Troplong, en la *Revista de Legislación*, t. X, p. 154; Troplong, *De la transcripción*, ps. 166 y 167.

ca son extrañas á la idea que domina en la transacción moderna: la garantía del interés de los terceros. Sin embargo, se puede decir que el primer germen de la publicidad se encuentra en la presencia de los testigos á la puesta en posesión del comprador. Sin duda los que exigieron que *rochimburgos* asistiesen á ese drama de la trasmisión de la propiedad no pensaban en asegurar los derechos de los terceros; lo seguro es que resultaba de ello cierta notoriedad: esto es el germen providencial de donde brotará más tarde la publicidad moderna.

23. La posesión germánica presenta todos los elementos de la posesión feudal. Se podría afirmar haciendo abstracción de los testimonios que lo prueban, porque la lógica de la historia lo requiere así; el feudalismo no es más que un elemento germano transportado por la conquista y que constituye la sociedad según los sentimientos é ideas de los conquistadores. Consultemos la antigua costumbre de Artois. En ella vemos al juez sentado en un sitial dorado y teniendo en la mano un bastón cuyo extremo toca el comprador arrodillado ante él, mientras que los hombres ó jueces en número de cuatro están de pie detrás del comprador y frente á aquél. Esta es la posesión feudal en acción; todos los rasgos de la posesión germánica se encuentran allí: una tradición simbólica haciéndose en presencia de hombres de feudo que constituyen la corte feudal con su señor. Este es un nuevo personaje que no figura en los antiguos usos de la Germania. Es el representante de la soberanía tal como los conquistadores la comprenden. No hay aquí soberanía general: es la soberanía ligada á la propiedad; cada barón es rey en su baronía; pero este rey no tiene súbditos, sólo tiene vasallos y él mismo es un vasallo. La propiedad es á la vez soberana y dependiente, ya no es lo que era entre los romanos, un derecho absoluto é independiente; cada propietario depende de un soberano, del que es vasallo y por el que

posee la tierra, porque no hay tierra sin señor. ¿Cómo se prueba la transmisión de la propiedad en este orden de cosas? El vasallo no puede por sí solo disponer de su feudo porque no es el único propietario; el señor de quien depende es soberano de las tierras como de las personas ó, mejor dicho, es soberano de las personas porque lo es de las tierras; el sistema feudal no es más que una organización particular de la propiedad. En este orden de ideas el vasallo ó propietario que quiere vender su feudo debe comenzar por entregarlo al señor de quien depende: esto es la desposesión; luego el señor lo entrega al adquirente al que concede el feudo: esto es la posesión. Es una nueva forma de la posesión germánica; hay un nuevo actor: el señor soberano; la presencia de este personaje indica que se operó un cambio profundo en la antigua toma de posesión. Ya no es el vendedor que se encuentra frente al comprador; ambas partes se encuentran en presencia de un soberano, el que nunca obra solo; procede á la transmisión ante su corte; la translación de la propiedad se hace con formas judiciales. Esto es un elemento más de publicidad. Toda la sociedad feudal figura en el drama de la investidura, el soberano y sus vasallos. Estas formas judiciales se convierten en el principio de la posesión de las costumbres, la que se debe hacer ante el juez. La transformación realiza un progreso capital en lo que se refiere á la transmisión de la propiedad; desde el invento de la escritura la justicia ya no procede sin levantar acta de lo que hace ó de lo que pasa ante ella, tiene libros en los que todo se registra. La translación de la propiedad feudal, acto más importante del feudalismo, puesto que inviste al vasallo con un derecho de soberanía, tenía que encontrar su lugar en estos registros. Para completar la publicidad sólo faltaba permitir á los terceros tomar conocimiento de los registros. Esto era el derecho para todos los procedimientos judiciales, luego también para la

translación hecha por las cortes feudales de la propiedad de los feudos. (1)

Diremos de la posesión feudal lo que hemos dicho de la germánica. Los señores no pensaban mucho en resguardar el interés de los terceros cuando presidían la investidura; hacían acto de soberanía; á la vez que transmitían una propiedad soberana mantenían su derecho de soberanos, soberanía que acabó por volverse nominal, pero que todavía servía para justificar la prescripción de impuestos. Bien que la posesión feudal tuviera por primer móvil el interés del soberano, fué un paso decisivo hacia la publicidad de las costumbres. Es la investidura con su posesión y desposesión, *su déshéritance* y su *adhéritance*; las formas permanecen feudales, pero la investidura practicada en los países de comercio y de industria tenía una importancia mucho mayor que las que conferían las cortes feudales. Lo que el interés personal de los señores había introducido se convirtió en base de crédito y en fuente de riqueza privada y pública.

24. El feudalismo reinaba en toda la Francia así como en todas las provincias belgas. Sin embargo, la posesión feudal bajo el nombre de investidura sólo se mantuvo en Bélgica y en el Norte de Francia, el Artois y el Vermandois. Según Troplong esto fué una gran conquista sobre el materialismo del derecho feudal. «Se abandonó este derecho formalista á los usos de algunos países conocidos bajo el nombre de investidura. Aunque el régimen del feudalismo hubiese sufrido profundas alteraciones en estas provincias, no obstante, el espíritu de los pueblos de Flandes, de Artois, de Picardía y de Vermandois no se había desprendido de ciertos orígenes germanos que habían dejado allí rastros más profundos que en otras partes.» (2)

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 167, núm. 5. Merlin, en la palabra *Deberes de ley*, p. 1, núm. 6 [t. VIII, p. 36] y en la palabra *Empeño* [t. XXI, p. 67, núm. 2].

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 169, núm. 6.

¡Hé aquí un singular progreso! Lo que prevaleció en la Francia de costumbres fué la clandestinidad romana, y lo que se mantuvo en nuestras provincias fué la publicidad de costumbres de la investidura. Esta publicidad no es más que la transcripción. Troplong aplaude el principio de la publicidad y reprocha severamente á los autores del Código por haberlo abandonado. ¿Cómo puede, después de esto, celebrar como un progreso sobre el materialismo feudal el abandono de la posesión que implicaba el abandono de la publicidad? ¿De modo que exalta á la vez que reprueba una sola y misma institución! Deshechamos esta inexplicable contradicción para volver á la historia. Si la posesión feudal desapareció en casi toda la Francia hay que ver en esto no una conquista sobre el materialismo feudal sino una victoria del derecho romano sobre una institución que por sus formas recordaba el feudalismo. Hemos dicho en otro lugar (1) que los legistas romanos fueron los enemigos mortales del régimen feudal y que unidos con el realismo ganaron la victoria. Pero Francia pagó caro esta victoria: ganó en ella la igualdad de las clases y perdió su libertad. La soberanía de los señores desapareció, pero fué para hacer lugar al poder absoluto de los reyes. Todas las instituciones feudales cayeron con el sistema feudal. Así fué como las costumbres abandonaron la posesión de la Edad Media y la investidura que había conducido para ingresar á la clandestinidad romana. (2) El culto del derecho romano cegaba á los más grandes jurisconsultos. Aquellos cuyos escritos sirvieran de guía á los autores del Código no hacen ningún caso del uso especial de los países de investidura; la doctrina romana es la que domina en la doctrina de Domat y de Pothier, pero lejos de que esto fuera una conquista sobre el materialismo del pa-

1 Véanse nuestros *Estudios sobre la Iglesia y el Feudalismo*.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 128, núm. 12.

sado fué, al contrario, un retroceso, como se efectúa algunas veces en la vida humana. Son los países de investidura, nuestras provincias apegadas á los usos germánicos, los que realizaron el verdadero progreso. No, como lo dice Troplong, porque los orígenes germanos habían dejado en ellos más rastros que en otras partes; la mitad de nuestras provincias son valonas y los deberes de ley se usaban en ellas tanto como en las provincias flamencas. Si nuestras costumbres mantuvieron la investidura, si nuestros príncipes hicieron de ella una ley general, es porque la publicidad es una garantía para los terceros y, por lo tanto, un elemento de prosperidad y de riqueza para los individuos y para la sociedad. Ahí está el verdadero progreso. Este progreso se verificó en las provincias belgas porque la industria y el comercio florecen en ellas, y el movimiento de los negocios que atrae las relaciones industriales y comerciales no se concilia mucho con la clandestinidad romana.

Núm. 3. La legislación.

25. Colbert, el Ministro del Gran Rey, no era muy partidario de la soberanía feudal. Sin embargo, tuvo la idea de "perfeccionar con una disposición universal lo que las costumbres habían intentado hacer por vía de las posesiones y de las investiduras." Estas son las palabras del preámbulo del edicto de 1673. El célebre Ministro quería establecer el principio de la publicidad sin dejarse engañar por las formas que la investidura había tomado del régimen feudal. ¿Por qué sucedió que disponiendo del poder absoluto de Luis XIV no consiguió realizar esta forma? El edicto de 1673 no se ocupaba más que del régimen hipotecario y de la purga de las hipotecas; fué revocado desde el año siguiente bajo pretexto de la dificultad de su primer establecimiento (edicto de 1674). Hubo parlamentos que ni

siquiera tomaron nota del edicto. Esto es decir que la publicidad encontró una sentencia obstinada en el ciego apoyo de la magistratura por la tradición romana y en las preocupaciones menos excusables de la nobleza, la que, gastadora y colmada de deudas, no quería que su situación mobiliar fuera puesta á luz pública. (1) ¡Cuántas enseñanzas en esta resistencia! Aun hay hombres que maldicen la Revolución y que creen que el progreso que realizó por la violencia, por la sangre y la ruina, se habría realizado pacíficamente por el realismo. ¡Y hé aquí que un rey todo poderoso anuncia la intención de *perfeccionar* la legislación inmobiliar introduciendo el principio de la publicidad y se ve obligado á detenerse y revocar su edicto por causa de la sorda oposición de la nobleza unida á los parlamentos! Decididamente el antiguo régimen era irreformable. Si el derecho civil no podía ser perfeccionado por razón de la vanidad ¿cómo se hubiera reformado el estado político, cuya reforma hubiera suscitado hostilidades y preocupaciones mucho más poderosas?

26. Para reformar esta vieja sociedad era preciso un rayo. La noche del 4 de Agosto de 1789 fué el advenimiento de un nuevo mundo y el régimen feudal fué destruido hasta en sus últimos vestigios. Desde entonces los deberes de ley se hicieron impracticables, puesto que suponían de la justicia señorial abolida con todas las demás instituciones civiles que tenían su origen en el feudalismo. ¿Qué iba á suceder con la investidura? Si es verdad, como se ha dicho (núm. 21), que la investidura no es más que un abuso del poder feudal la Asamblea Constituyente, tan celosa de borrar los rastros de un sistema odiosa, hubiera seguramente abrogado los deberes de ley. Apesar de las pasiones revolucionarias que la inspiraba fué clarividente más que los

1 Marton, *Comentario*, t. I p. 25, nota 2. Troplong, *De la transcripción*, página 182, núm. 16.

autores del Código Civil. No había de feudal en la investidura más que las formas; en cuanto al feudo era el principio de la publicidad aplicado á la translación de los inmuebles. La Asamblea acaba de proclamar el principio de la publicidad en el orden político, ¿cómo dejará de proclamarlo en el orden civil? Hizo lo que un sabio legislador debe hacer aboliendo las formas feudales, impracticables bajo el nuevo régimen, y manteniendo el principio de publicidad bajo una nueva forma. La ley de 19 de Septiembre de 1790 (art. 3) dice: «A contar del día en que los tribunales de Distrito queden instalados en los países de investidura las formalidades de desposesión y de posesión, *vest* y *devest*, *mise de fait*, *main-assise*, queja á la ley, y generalmente todas las que se relacionan con la investidura feudal ó censual, están y permanecerán abolidas; y, hasta nueva orden, la *transcripción* de los testimonios á los contratos de enajenación ó de hipotecas las substituirá y bastará, en consecuencia, para consumar las enajenaciones y constituciones de hipotecas.»

Esta es la primera vez que la palabra *transcripción* aparece en las leyes. Y es una asamblea, enemiga mortal del feudalismo, la que consagra, bajo este nombre, una institución feudal. Hé aquí otra vez á la mano de Dios en la vida de la humanidad. Es que había en la investidura otra cosa que la opresión feudal, había el principio de la publicidad. El legislador revolucionario abatió las formas, la envoltura del principio, y mantuvo éste. «Dichas inscripciones, dice el art. 4, se harán en las secretarías de los tribunales de Distrito, en la jurisdicción de los bienes, según el orden en que los testimonios de los contratos serán presentados, y constarán en un registro particular, y los secretarios estarán obligados á comunicar estos registros sin gastos á los que lo pidieren.»

27. La ley de 1790 era una ley transitoria y local, sólo

se aplicaba á los países de investidura. No es en una ley de circunstancias donde convenía sentar las fases de la legislación civil. La economía política, ciencia nueva nacida al finalizar el siglo XVIII, había concentrado sus primeros trabajos en la tierra que consideraba como la fuente de todas las riquezas. Hacemos á un lado las exageraciones de la secta de los economistas. Lo seguro es que tenía que ser favorable al principio de la publicidad porque favorecía la circulación de las propiedades inmobiliarias. La ley de 9 Mesidor, año III, organizó la publicidad sobre bases más amplias y en vista de imprimir á la circulación de los inmuebles la misma rapidez, á la vez que la misma seguridad, que á la translación de los valores muebles. Esto era querer lo imposible. No se puede movilizar el suelo.

La ley de Mesidor sólo tuvo una existencia corta. Fué reemplazada por la de 11 Frimario, año VII. Esta consagró y generalizó la publicidad bajo la forma de la transcripción. Transcribimos el art. 26 que más de una vez hemos tenido ocasión de citar: «Las actas translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas deban ser transcritas en los registros de la conservación de hipotecas en cuya jurisdicción estén situados los bienes. Hasta entonces no pueden ser opuestas á los terceros que habían contratado con el vendedor y que se hubieran conformado á las disposiciones de la presente ley.» A la vez que toma el principio de la publicidad de las costumbres de investidura el legislador del año VIII lo restringía; no sujeta á la transcripción todas las actas que transfieren los derechos reales inmobiliarios sino sólo las actas que se refieren á bienes susceptibles de hipotecas. Estos son los términos restrictivos del art. 939 que los autores del Código Civil han tomado de la Ordenanza de 1735. La publicidad de costumbres era más lata, y desde que se admite la necesidad de hacer públicas las enajenaciones de inmuebles es menester que la publicidad sea gene-

ral y sin ninguna excepción; la semipublicidad es un contrasentido y no alcanza necesariamente el objeto que se propone.

28. Llegamos al Código Civil. Este consagra la clandestinidad romana (núm. 9). ¿Cómo pudo el legislador del siglo XIX desertar la tradición revolucionaria, que también era la tradición de la costumbre de la investidura? No se encontraba detenido, como Colbert, por las preocupaciones de casta; ya no había parlamentos ni nobleza. Por otra parte, no se trataba de una innovación; la publicidad que el Ministro de Luis XIV consideraba como un perfeccionamiento existía, funcionaba. ¿Había motivos para abolirla? La respuesta á nuestra pregunta no honra á los autores del Código Civil; lástima da decirlo, pero la verdad debe decirse.

El proyecto del Código fijado por la Sección de Legislación del Consejo de Estado contenía la disposición siguiente: «Las actas translativas de propiedad que no han sido transcritas no pueden ser opuestas á los terceros que hubiesen contratado con el vendedor y se hubieran conformado á las disposiciones de la presente.» Esto era la reproducción de la ley de 11 Brumario, año VII (núm. 27). Cuando la discusión Maleville preguntó si resultaba de este artículo que un segundo comprador que hubiera hecho registrar quedaría investido de la propiedad en perjuicio del comprador más antiguo que no hubiera llenado esta formalidad. La afirmativa era evidente, puesto que el primero, no habiendo registrado su acta de adquisición, no es propietario para con los terceros y sólo lo es para con el deudor; por consiguiente, si lo vence un adquirente que registró sólo tiene una acción personal contra su vendedor. Esto es lo que contesta Treilhard, el Relator de la Sección de Legislación. Jollivet agregó que resultaba también del sistema de publicidad que el vendedor, una vez registrada

la venta, no podía ya gravar el inmueble con hipotecas; mientras que si el comprador no registra el vendedor, permaneciendo propietario para con los terceros, podía aún hipotecar el bien.

Son precisamente estas consecuencias, dice Tronchet, las que hacen *desastrosa* la disposición; tendría los *más funestos efectos*. Esta violenta crítica del principio de publicidad nos parece hoy inconcebible. Presentaré como *funesto y desastroso* un sistema que garantiza todos los derechos y todos los intereses; es decir, que la luz del Sol es una calamidad que nos quita de los beneficios de las tinieblas de la noche. ¿Qué tiene la luz de tan *funesto y desastroso*? Compro un inmueble bajo el imperio de una ley que me previene que si no registro no seré propietario para con los terceros; que, por tanto, mi vendedor permanece propietario para con los terceros y puede enajenar é hipotecar la cosa, lo que me expondrá á ser vencido por un segundo adquirente ó por un acreedor hipotecario. Encuentro bueno no registrar; tomo, pues, á mi cargo los peligros de la evicción. ¿Si soy vencido diré que la publicidad tiene la culpa de ese sistema funesto y desastroso? Esto no tiene sentido. Soy vencido porque no soy propietario para con los terceros, y no lo soy porque no llené las formalidades prescritas por la ley para serlo. ¿Tengo derecho de acusar á la ley cuando yo soy culpable de imprudencia y de negligencia? Tronchet dice: «Es imposible justificar una disposición que expone á tan grandes peligros el derecho sagrado de propiedad y que sacrifica un propietario legítimo á un adquirente nuevo, á un nuevo acreedor. ¿Acaso el que no obedeció á la ley tiene el derecho de quejarse de ella?

Se acusa á la publicidad de comprometer el derecho sagrado de propiedad cuando la publicidad es su salvaguardia y su garantía. Compro un inmueble, creo ser propietario de él. Y hé aquí que un primer adquirente se presen-

ta poseyendo un título secreto y me vence en virtud del *derecho sagrado de propiedad*, pues él es el propietario para con todos en virtud de un título que no puede conocer, puesto que permaneció oculto. En esta vez tengo el derecho de quejarme de la ley, que es la causa de mi evicción, pues si se me vence es por efecto de la clandestinidad de las transacciones inmobiliarias. ¿Quién se atreverá á comprar con el temor de ser vencido y sin tener ningún medio de evitar la evicción? Si compro estipularé un precio menor por temor del peligro que me amenaza. ¿Quién sufre en definitiva de la clandestinidad? El propietario que quiere vender. Es, por consecuencia, la clandestinidad la que es un sistema funesto para el derecho sagrado de propiedad. Supóngase que en lugar de vender el propietario quiere pedir prestado. Le presto una suma de 20,000 francos sobre hipoteca. Resulta que este propietario había enajenado el inmueble en el momento en que me lo hipotecaba. Cuando quiero ejercer mi derecho hipotecario se me dice que mi hipoteca es nula. Pierdo mi crédito. Esto es el efecto de la clandestinidad; facilita el fraude; y es para impedirlo por lo que desde el siglo XVI el legislador belga había ordenado la publicidad de las actas translativas de propiedad inmobiliar. ¿Y se nos viene á decir que un sistema que evita el fraude es un sistema funesto y desastroso! Si, puede volverse funesto para el adquirente que no cumple con la ley. Compro un inmueble y no lo registro. Mi vendedor permanece propietario para con los terceros y concede una hipoteca á un prestamista; éste puede vencerme por su acción hipotecaria. ¡Hé aquí, dice Tronchet, el derecho sagrado de propiedad comprometido! Si, está comprometido, pero por culpa del comprador; debe culpar no á la ley sino su descuido; si el legislador debe protección al derecho de propiedad no debe ninguno á la imprudencia.

29. Treilhard contestó á Tronchet. Su respuesta, tal cual

está relatada en las actas de Loaré, falta de precisión y claridad. Sin embargo, ella es decisiva. Las ventajas de la publicidad y los peligros de la clandestinidad son de tal evidencia que basta enseñar sus consecuencias para tocarlas con el dedo, pues son palpables. Lo acabamos de hacer; es, pues, inútil analizar el discurso de Treilhard. El Cónsul Cambacérès intervino también en el debate y, como de ordinario, no fué para ilustrarle; habló de las adquisiciones anteriores á la ley del 11 Brumario, año VII, diciendo que los derechos adquiridos podían ser desquiciados por una nueva ley. Treilhard había contestado de antemano que la disposición propuesta era extraña á las antiguas adquisiciones. Había otra respuesta que dar: es que Tronchet invocaba sin razón la no retroacción, porque en el caso no había derechos adquiridos. Traducimos á lo que fué dicho acerca del art. 2. Después el Cónsul Cambacérès hizo una crítica de pormenores que no se relacionaba al principio de publicidad. Suponía que el vendedor enajenaba un fundo que no le pertenecía, lo que, dijo, sucede frecuentemente en el campo, en que se hacen usurpaciones diarias; el Cónsul pidió que se dijera en la ley que la prescripción del contrato no transfiriere al comprador la propiedad cuando el vendedor no era propietario; esto no era dudoso. Estas proposiciones fueron adoptadas por el Consejo y el proyecto fué mandado á la Sección de Legislación para redactarlo en el sentido de las enmiendas del Cónsul. (1)

La publicidad propuesta estaba, pues, admitida en principio con dos explicaciones: que no perjudicaba á las antiguas adquisiciones y que no impedía al verdadero propietario reivindicar si el vendedor no era propietario de la cosa vendida. ¿Qué sucedió en la Sección de Legislación? ¿Rindió un informe y desechó el Consejo el principio de publicidad

1 Sesión del Consejo de Estado de 10 Ventoso, año XII, núm. 24 (Loaré, tomo VIII, p. 217).

después de nueva discusión? Si hay que atenerse á las actas de Loaré hay que decir: no hubo informe, ni discusión, ni voto. ¿Olvidó la Sección de Legislación el informe? Esta es la más probable suposición. Treilhard, el Relator, no brillaba por su exactitud. Troplong cree que hubo una mala inteligencia ó un escamoteo. (1) Una mala inteligencia se explica difícilmente, y mucho menos un escamoteo. La Sección de Legislación era quien había propuesto el principio de publicidad; su Relator lo habría defendido en el seno del Consejo de Estado. A ella tocaba reproducirlo, agregándole las modificaciones de Tronchet y de Cambacérès, que sólo eran explicaciones. Lo seguro es que la cuestión capital del régimen hipotecario se encontró decidida por el silencio del Código en el sentido de la clandestinidad, después de que el Consejo había adoptado implícitamente el principio de publicidad. Hay en esto un descuido inexcusable.

30. La clandestinidad no es un principio, es un vicio. Ni siquiera puede imputarse este vicio á los autores del Código, pues la clandestinidad no fué votada por el Consejo. Lo seguro es que este es el mayor defecto del Código Civil. Se apercibieron de ello en todos los países en los que la legislación francesa fué introducida; en todas partes el régimen hipotecario fué modificado en el sentido de la publicidad más ó menos lata de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. En Francia se hizo una instrucción en 1841 acerca de la revisión del régimen hipotecario; las cortes de apelación fueron consultadas y se pronunciaron por la clandestinidad romana; estas cortes fueron del Mediodía: las de Burdeos y de Tolosa. No sospechaban que la clandestinidad era un vicio del derecho romano. La publicidad es una cuestión de crédito y la idea del crédito no podía nacer en un pueblo guerrero que toma por misión conquistar y gobernar al mundo. Los proyectos de reforma hipo-

1 Troplong, *Privilegios e Hipotecas*, prefacio, ps. 13 y siguientes.

tecaria propuestos en Francia no prevalecieron, pero como todas las comisiones parlamentarias y gubernativas estaban acordes en admitir el principio de publicidad se desprendieron del proyecto de ley hipotecaria las disposiciones relativas á la transcripción. Este es el objeto de la ley francesa de 23 de Marzo de 1855. Publicada cinco años después de nuestra Ley Hipotecaria consagra el mismo principio, pero con modificación: que tienen que tenerse en cuenta, si se quieren aprovechar, las obras publicadas acerca de la materia. (1) Así como la jurisprudencia francesa.

1 Citaremos las más importantes:
 Flandin, *De la transcripción en materia hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1861);
 Moulón, *Tratado teórico y práctico de la transcripción*, 2 vols. en 8.º (París, 1862);
 Troplong, *Comentario de la ley de 23 de Marzo de 1855 sobre la transcripción*, 2.ª edición, 1 vol. en 8.º (1864);
 Verdier, *De la transcripción hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1864);
 River y Hugnet, *Cuestiones sobre la transcripción en materia hipotecaria*, 1 vol. en 8.º (1856).



CAPITULO II.

DE LA TRANSCRIPCIÓN.

SECCION I.—De los actos sometidos á la transcripción.

§ I.—EL PRINCIPIO.

31. ¿Toda acta que tengan los terceros interés en conocer debe ser transcripta? Nó, la ley define las actas para las que percibe la publicidad y sólo deben ser éstas las que se deban hacer publicas por vía de transcripción. Hay, además, otras actas que la ley somete á la publicidad, pero de diferente vía de la transcripción. En fin, las hay que sin interesar á los terceros se deben hacer publicas. De aquí se sigue que se debe uno atener estrictamente al texto para decidir cuáles deben ser transcriptas. Esto también está fundado en la razón. Cuando una acta está sometida á la transcripción y que no lo haya sido no se puede oponer á los terceros; la ley la considera como inexistente á su respecto. Y no pudiendo más que el legislador privar de su eficacia, con relación á los terceros, actas válidas entre ellos mismos y que producen todos sus efectos entre las partes contratantes. ¿Por qué el legislador quita á dichas actas todo su efecto con relación á los terceros? Esto es en interés general, el interés del crédito particular y público. Y sola la ley es el

tecaria propuestos en Francia no prevalecieron, pero como todas las comisiones parlamentarias y gubernativas estaban acordes en admitir el principio de publicidad se desprendieron del proyecto de ley hipotecaria las disposiciones relativas á la transcripción. Este es el objeto de la ley francesa de 23 de Marzo de 1855. Publicada cinco años después de nuestra Ley Hipotecaria consagra el mismo principio, pero con modificación: que tienen que tenerse en cuenta, si se quieren aprovechar, las obras publicadas acerca de la materia. (1) Así como la jurisprudencia francesa.

1 Citaremos las más importantes:
 Flandin, *De la transcripción en materia hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1861);
 Moulón, *Tratado teórico y práctico de la transcripción*, 2 vols. en 8.º (París, 1862);
 Troplong, *Comentario de la ley de 23 de Marzo de 1855 sobre la transcripción*, 2.ª edición, 1 vol. en 8.º (1864);
 Verdier, *De la transcripción hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1864);
 River y Hugnet, *Cuestiones sobre la transcripción en materia hipotecaria*, 1 vol. en 8.º (1856).



CAPITULO II.

DE LA TRANSCRIPCIÓN.

SECCION I.—De los actos sometidos á la transcripción.

§ I.—EL PRINCIPIO.

31. ¿Toda acta que tengan los terceros interés en conocer debe ser transcripta? Nó, la ley define las actas para las que percibe la publicidad y sólo deben ser éstas las que se deban hacer publicas por vía de transcripción. Hay, además, otras actas que la ley somete á la publicidad, pero de diferente vía de la transcripción. En fin, las hay que sin interesar á los terceros se deben hacer publicas. De aquí se sigue que se debe uno atener estrictamente al texto para decidir cuáles deben ser transcriptas. Esto también está fundado en la razón. Cuando una acta está sometida á la transcripción y que no lo haya sido no se puede oponer á los terceros; la ley la considera como inexistente á su respecto. Y no pudiendo más que el legislador privar de su eficacia, con relación á los terceros, actas válidas entre ellos mismos y que producen todos sus efectos entre las partes contratantes. ¿Por qué el legislador quita á dichas actas todo su efecto con relación á los terceros? Esto es en interés general, el interés del crédito particular y público. Y sola la ley es el

guardián de los intereses de la sociedad; el intérprete debe, pues, en esta materia atenerse estrictamente á la disposición de la ley. Sólo están sometidas á la transcripción las actas para las que la ley prescribe la publicidad bajo esta forma.

32. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria dice: «Todos los *actos* entrevivos á título gratuito ú oneroso, translativos ó declarativos de derechos reales inmobiliarios, serán transcritos.» La primera condición requerida para que haya lugar á la transcripción es, pues, que exista una *acta* translativa ó declarativa de derechos reales inmuebles. ¿Qué se entiende por *actas* en esta materia? Los escritos que comprueban una convención translativa ó declarativa de propiedad inmueble. Este es el sentido común de la palabra *acta* que la ley clasifica en auténticas y privadas. Más adelante diremos que, conforme al art. 2, las auténticas son en principio las únicas admitidas á la transcripción. No basta, pues, que haya un contrato translativo de derechos reales inmuebles para que haya lugar á la transcripción. Transcribir es copiar, y para copiar se necesita un escrito que el conservador pueda transcribir; si las partes no han redactado acta en sus convenios no podrán llenar las formalidades de la transcripción; por consiguiente, sus convenios no tendrán ningún efecto con respecto á los terceros; la condición bajo la que se les puede oponer á los terceros no puede llenarse. Es una grave derogación del Código Civil. En principio el escrito sólo sirve de prueba; una convención verbal probada es tan eficaz como si constara por acta auténtica. Este principio está modificado por la Ley Hipotecaria en lo referente á los terceros. La venta verbal de un inmueble transporta la propiedad con relación al comprador, no con relación á los terceros; el comprador no puede llegar á ser propietario con relación á los terceros sino hasta que el contrato haya sido comprobado por un escrito admitido á la transcripción. Volveremos á

este último punto. Resulta, pues, de la transcripción que los contratos translativos ó declarativos de derechos reales inmuebles son, en cierto modo, contratos solemnes; la transcripción es una solemnidad que debe llenarse en interés público y que no sólo puede serlo cuando las partes han redactado para sus convenios una acta admitida á la transcripción.

33. Del principio de que se necesita una convención translativa ó declarativa de propiedad inmueble para que haya lugar á la transcripción resultan consecuencias muy importantes. Los *hechos* que no pertenecen á los convenios no dan lugar á la transcripción, aunque la ley los una á la transcripción de la propiedad. (1) Tal es el acto ó hecho de la ocupación. Ya hemos dicho que en nuestro derecho la ocupación no se aplica á los inmuebles (t. VIII, núm. 437), lo que basta para que no se pueda tratar de transcribir la adquisición de la propiedad por ocupación, puesto que la ley no somete á la transcripción más que los actos translativos ó declarativos de derechos reales *inmuebles*. Y aun cuando se admitiera la ocupación de un inmueble no habría lugar á la transcripción, porque la ocupación es un hecho y los hechos no se transcriben.

La ocupación de un inmueble es el principio de la posesión y ésta conduce á la prescripción. De aquí la cuestión de saber si la adquisición de un inmueble por prescripción está sometida á la transcripción. Se debe distinguir entre la usucapión de diez á veinte años y la prescripción de treinta años. La usucapión supone un título translativo de propiedad (art. 2265); este título no puede oponerse á los terceros más que cuando ha sido transcripto. Hé aquí una nueva condición de la usucapión que resulta del principio establecido por la Ley Hipotecaria. Bajo el imperio del Cód.

1 Informe de la comisión especial que estudió el proyecto de ley sobre el régimen hipotecario (Parent, p. 9).

digo Civil la usucapión existe desde que hay un título; bastaba, pues, con que la convención translativa de propiedad fuese probada por acta auténtica ó privada, mientras que, conforme á la nueva ley, se necesita una acta admitida á la transcripción y transcripta en los registros del conservador. Esta es una garantía más para el propietario contra quien prescribe el poseedor. Volveremos á este punto.

En cuanto á la prescripción de treinta años descansa exclusivamente en la posesión y ésta es un hecho. La ley une á este hecho la adquisición de la propiedad cuando la posesión presenta los caracteres deseados por la ley y que ha existido durante treinta años. ¿Se puede aplicar á la propiedad adquirida por el poseedor el principio de la transcripción? La negativa resulta del texto mismo de la Ley Hipotecaria. No somete á la publicidad más que las convenciones translativas de propiedad inmueble comprobadas por acta. Y la posesión de treinta años excluye toda acta; luego no puede tratarse de la prescripción. ¿Es decir que el poseedor que ha llegado á ser propietario no puede oponer su derecho á los terceros? Lo podrá bajo el imperio del Código Civil, lo mismo que el comprador. La nueva ley ha derogado el Código en lo relativo al comprador y á todos los que adquieren la propiedad por convenio y actos; nada deroga en lo conducente al poseedor que adquiriera la propiedad por un hecho. La publicidad por vía de transcripción es imposible en este caso y la ley no puede exigir lo imposible. ¿Se dirá que resulta una anomalía? Un comprador, aunque propietario con relación al vendedor, no lo es con respecto á los terceros más que por transcripción; mientras que un simple poseedor sin título ni herencia llega á ser propietario con relación á todos por sólo el hecho de su posesión continuada durante treinta años. La anomalía se explica. Para que la posesión conduzca á la prescripción debe reunir los caracteres exigidos por la ley, y uno de dichos

caracteres es la publicidad; una posesión pública durante treinta años ofrece ciertamente las mismas garantías á los terceros que la transcripción en los registros del conservador. La ley pudo, pues, sin inconsecuencia, mantener el principio del Código acerca de la propiedad adquirida por posesión; debía hacerlo, á no ser de abolir la prescripción. Y la prescripción está fundada en un interés general más grande aún que aquel que los terceros tienen en conocer las mutaciones de la propiedad inmobiliar. Diremos cuál es este potente interés en el título que es el sitio de la materia.

34. Hay todavía otros hechos que la ley coloca entre los modos de adquirir la propiedad. Tal es la acción inmobiliar; por ejemplo, el aluvión. Este es un hecho de la Naturaleza, y se entiende que aquel que adquiere el aterrado formado por la acción de las aguas se hace propietario de él para con todos, sin que sea necesaria la publicidad de este modo de adquisición de la propiedad. No se registra un hecho de la Naturaleza; desde luego el art. 1.º de la Ley Hipotecaria es inaplicable y, por consiguiente, se queda uno bajo el imperio del Código Civil, según el cual aquel que se hace propietario lo es para con todos.

35. ¿Deben colocarse entre los hechos que no deben ser publicados las condiciones suspensivas ó resolutorias? (1) Hay que distinguir. El cumplimiento de la condición es un hecho que no tiene que publicarse, pero la convención concluida bajo condición está sometida á la publicación si es translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios. Los contratos condicionales deben ser registrados tanto como los contratos puros y simples; en efecto, la ley dice: «todas las actas declarativas ó translativas;» y un contrato con condición es translativo de propiedad. Esto es evidente cuando la condición es resolutoria, no impide que el contrato sea puro y simple; sólo la resolución es condicional

1 Mourlón, *Tratado del registro*, t. I, p. 30, núm. 13.

La condición suspensiva suspende la translación de propiedad; y esto basta para que caiga bajo la aplicación del artículo 1.º La propiedad quedará transferida desde el día en que el contrato recibió su perfeccionamiento por el concurso de consentimientos, puesto que la condición cumplida tiene un efecto retroactivo al día en que el compromiso fué contraído (art. 1179). Los terceros tienen, pues, interés en conocer el contrato antes del advenimiento de la condición, pues desde el día en que la convención está perfecta el acreedor puede hacer actas de disposición que serán válidas si la condición se cumple; y por su parte el deudor conserva el derecho de hacer actas de propiedad que serán válidas si la condición desfallece. Estando interesados los terceros en conocer el acta condicional el registro debe hacerse según el texto y el espíritu de la ley. (1) Los terceros también estarían interesados en que se hiciera público el hecho del cumplimiento de la condición, pues es este acontecimiento el que les da á conocer que el contrato se formó definitivamente; pero la ley no prescribe esta publicidad porque sería imposible, pudiendo ser el hecho natural ó cualquier otro hecho material. Hay en esto un vacío en la publicidad legal; toca á los terceros avisados por la publicidad del registro informarse del cumplimiento de la condición.

36. Del principio de que sólo las convenciones comprobadas por actas deben ser publicadas se sigue que las adquisiciones que se hacen en virtud de la ley no están sometidas al registro. La ley no es un hecho como los de que acabamos de hablar, pero las adquisiciones que se hacen en virtud de la ley no resultan de convenciones ni de actas; luego el art. 1.º de la ley no es aplicable; se permanece, por consiguiente, bajo el imperio del Código Civil, que no prescribe la publicidad en general.

1 Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 23, núm. 14. Troplong, *De la transcripción* p. 221, núm. 54.

El envío á posesión definitiva de los bienes de un ausente da á los enviados el derecho de disponer de los bienes de un ausente; son propietarios para con los terceros. Estos tienen, pues, interés en conocer el envío, y la ley hubiera podido fácilmente organizar la publicidad en esta materia. Se conformó con la publicidad que precede el envío á posesión provisional. Como el envío á posesión definitiva se pronuncia por sentencia se podría sostener que ésta debe ser registrada en virtud del art. 2 de la Ley Hipotecaria que prescribe la transcripción de las sentencias que substituyen las convenciones ó los títulos de transmisión de derechos reales inmobiliarios. Diremos más adelante cuáles es el sentido de esta disposición, bastante mal redactada; se refiere á las sentencias en que consta una venta ó una partición hechas verbalmente. La ley supone, pues, que existe una convención translativa ó declarativa de propiedad inmueble, lo que excluye las sentencias que pronuncian el envío á posesión de los bienes de un ausente. Ni siquiera se puede decir que los enviados se hacen propietarios de los bienes, puesto que si el ausente vuelve tienen que devolvérselos. Luego bajo ningún punto puede aplicarse el art. 1.º de la ley. Sólo que ésta hubiera debido prescribir la publicidad del envío definitivo, puesto que los terceros tienen interés en ello, y la Ley Hipotecaria hasta debiera haber ordenado el registro de estas sentencias, puesto que en realidad forman el título en virtud del cual los enviados poseen, gozan y disponen de los bienes.

En el caso de divorcio por consentimiento mutuo la propiedad de la mitad de los bienes de cada esposo queda adquirida *de plano* desde el día de la primera declaración para los hijos nacidos de su matrimonio (art. 3305). Los hijos se vuelven propietarios en virtud de la ley, y lo son para con todos sin que la ley prescriba ninguna publicidad de esta transmisión de propiedad. Es seguro que la Ley Hipo

tecaria es inaplicable (t. III, núm. 291). Es un vacío que hubiera sido fácil llenar. Los autores del Código previeron la dificultad y no la resolvieron; el espíritu de publicidad es extraño al Código. En cuanto al legislador belga sólo derogó el Código Civil para los contratos. Hubiera sido más lógico organizar un sistema completo de publicidad comprendiendo hasta las adquisiciones hechas por la ley en los casos en que dichas adquisiciones se presten á la formalidad del registro.

Los padres tienen el goce de los bienes de sus hijos hasta la edad de dieciocho años (art. 384). Este usufructo les pertenece, en virtud de la ley, sin ninguna publicidad (t. VI, núm. 348). La falta de publicidad tiene pocos inconvenientes en el caso, puesto que los terceros saben que los padres tienen el goce de los bienes de sus hijos. La emancipación es la que debiera publicarse, puesto que pone fin al usufructo legal y devuelve á los hijos la administración y goce de sus bienes.

Hay también servidumbres legales. Volveremos á ellas al tratar de la transcripción de los derechos reales inmobiliarios. En fin, hay una transmisión muy importante que se hace, en virtud de la ley, sin publicidad: son las sucesiones *ab intestato*. De las que trataremos.

37. No basta que haya una acta translativa ó declarativa de derechos reales para que haya lugar á la transcripción, la ley sólo prescribe la publicidad para los derechos inmobiliarios. ¿Por qué no se hizo de la publicidad una regla general y absoluta? El legislador ha establecido la publicidad en interés de los terceros. ¿Cuáles son estos terceros? Desde luego los adquirentes; y éstos no están interesados en que los actos translativos ó declarativos de derechos reales muebles sean transcriptos; la posesión basta para la garantía de sus derechos, con tal que sean de buena fe: pueden rechazar cualquiera acción real que se intente con-

tra ellos, oponiendo á los demandantes la máxima de que en muebles la posesión es título (art. 2279). (1)

La publicidad aun está prescrita para los terceros acreedores. Cuando se trata de propiedad inmueble hay acreedores muy interesados en que las transacciones inmuebles se hagan públicas, y éstos son los acreedores hipotecarios. Es, sobre todo, su interés el que el legislador ha tenido en cuenta para ordenar la transcripción. Este interés no existe para las transacciones muebles, puesto que en nuestro derecho no se pueden hipotecar los muebles. Quedan los acreedores quirografarios. Tienen como prenda el mobiliario de su deudor, y los hay que contratan sobre la fe de esta garantía. Y la venta de dicho mobiliario les quita la prenda. Estarían, pues, interesados en la publicidad de las actas por las que el deudor disminuye su patrimonio y su solvencia. ¿Por qué el legislador belga, que se ha preocupado por el interés de los acreedores quirografarios, no ha generalizado la garantía que da la publicidad extendiéndola á los actos translativos de derechos reales inmobiliarios? Desde luego hacemos constar que la clandestinidad es un sistema general en esta materia. El Código Civil prescribe la publicidad de los privilegios inmuebles, mientras que los privilegios mobiliarios no se deben hacer públicos. Nuestra legislación tiene, pues, dos principios completamente contrarios en esta materia: publicidad de las transacciones inmuebles y clandestinidad de las transacciones mobiliarias. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? Volveremos á la clandestinidad de los privilegios mobiliarios. En cuanto á las actas translativas ó declarativas de propiedad mueble habría sido difícil ordenar la publicidad. Se trata de la publicidad *de las actas* que comprueban las enajenaciones. Y la transmisión de los muebles se hace mano á mano, sin

1 Informe de la Comisión del Senado (Parent, p. 395).

acta. Para organizar la publicidad la ley debería violentar las costumbres y las necesidades del comercio. Es de esencia de las transacciones mobiliarias hacerlas rápidamente y sin la solemnidad de un escrito; esto hubiera sido poner trabas á las relaciones civiles: el imponer á las partes la redacción de una acta para sus comercios para que tuvieran efecto con respecto á los terceros. Y el interés de la circulación rápida de los objetos muebles es mayor que el de los acreedores quirografarios que contratan con una persona en fe de su riqueza mobiliar.

38. Las aplicaciones de este principio son muy numerosas. Hay algunas que no son dudosas. Tales la translación de acciones ó intereses en las compañías de hacienda, de comercio ó de industria; la ley las declara muebles (artículo 529). En cuanto á las dificultades que presenta esta disposición ya las examinamos.

Hay aplicaciones que son más ó menos dudosas y que ya hemos encontrado. Las construcciones hechas por un superficiario son inmuebles y, por consiguiente, las actas translativas de estas construcciones deben ser transcriptas (t. V, núm. 414).

¿Qué se debe decir de las construcciones hechas por un usufructuario? Este también tiene un derecho real en la cosa, pero, á diferencia del superficiario, sólo tiene un derecho de goce; y en principio debe gozar como el propietario; no puede, pues, alterar el local construyendo. ¿Si construye, sobrepasa con ello el fin del usufructo? La cuestión está muy controvertida. Hemos enseñado que el único derecho del propietario es el de pedir que el usufructuario le devuelva las cosas en el estado en que se encontraban cuando comenzó el usufructo, y que, por su parte, el usufructuario tiene el derecho de llevarse los materiales. (t. VI, núm. 490). ¿No se debe concluir que la venta de estas construcciones que hiciera el usufructuario es una venta mobiliar? Esto

es, en realidad, la cesión de la indemnización á la que el usufructuario tendrá derecho si el propietario quiere conservar sus construcciones. Durante el usufructo el adquirente sólo tiene un derecho de goce análogo al del arrendatario. La venta no es, pues, una acta translativa de derechos reales inmobiliarios; por tanto, no debe ser transcrita. En la opinión que admite que las construcciones del usufructuario se convierten en propiedad del nudo propietario, y aun sin indemnización, se enseña naturalmente que constituyen un derecho real inmueble, lo que hace aplicable la formalidad de la transcripción. (1)

¿Las construcciones hechas por un arrendatario son un derecho real inmobiliario durante el arrendamiento? Esta cuestión también se haya muy controvertida; ya la examinamos en el tomo V, núms. 415 y 416. En nuestra opinión el derecho del arrendatario nunca es un derecho mobiliar; de lo que se sigue que la venta de las construcciones es inmobiliar; por tanto, no sujeta á la transcripción. En la opinión que considera el derecho del arrendatario como mobiliar la venta es mobiliar y debe, por consiguiente, ser transcripta (t. V, núm. 413). (2)

¿Las construcciones hechas en fundos que pertenezcan al dominio público son inmobiliarias y caen bajo la aplicación de la ley de 1851? Ya examinamos la cuestión (t. V, número 418).

Hay aún una especie de propiedad cuya naturaleza da lugar á grandes dificultades: las minas. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De la División de los Bienes* (t. V, números 407 y 427) (3)

1 Murlón, *De la transcripción*, t. I, p. 22, núm. 13. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 28, núm. 33.

2 Compárese, en sentido diverso, Murlón, *De la transcripción*, t. I, p. 22, núm. 13; Ducruet, *Estudios sobre la ley de la transcripción*, núm. 6. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 23, núm. 32.

3 Compárese Murlón, *De la transcripción*, t. I, p. 21, núm. 12. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 32, núms. 42 á 53.

39. El art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria contiene aún otra restricción de mayor importancia: somete á la transcripción los actos *entre vivos*, translativos ó declarativos de derechos reales inmobiliarios. Por esto las adquisiciones por causa de muerte no deben hacerse públicas; tales son las sucesiones y los testamentos.

¿Por qué la ley no ha extendido á las sucesiones el privilegio de publicidad que por su naturaleza es un principio universal? Se concibe que las transmisiones mobiliarias no estén sometidas á ella (núm. 37), pero cuando se trata de sucesiones inmobiliarias parece que el registro público debía hacer conocer á los terceros que aquel con el que tratan posee tales inmuebles como heredero. En efecto, los terceros están interesados en asegurarse de si el posesor de un inmueble es propietario; se necesita, pues, que conozcan sus títulos.

¿Posee como heredero? Será propietario si lo era su autor; se necesita, pues, que los terceros sepan quién es dicho autor y si él mismo tenía la propiedad de los inmuebles que ha transmitido á sus sucesores. Es así como los terceros, remontándose de un título á otro, adquieren la prueba de que el posesor actual es propietario, al menos por efecto de la transcripción, y esto es en definitiva la única prueba que asegura los derechos del posesor y de los que tratan con él, é importa á estos saber si el posesor ha adquirido los bienes como heredero, puesto que á este título la posesión de su autor se liga necesariamente á la suya. El interés de los terceros en conocer la transmisión que se hace por vía de herencia no podría ser contestada. Queda por saber por qué, apesar de este interés, la ley no ha prescripto la publicidad de la adquisición de los inmuebles por sucesión.

Hay un primer obstáculo, y es invencible: que la transmisión se opera sin *acta*, es decir, sin un hecho jurídico del heredero, por el solo efecto de la ley. Y no habiendo acta la

transcripción es imposible. Es en este sentido en el que se debe entender lo que los autores de las nuevas leyes han dicho en Francia y en Bélgica para justificar el vacío que deja la publicidad de la situación inmobiliar de los propietarios de inmuebles; los registros públicos, se dice, la comprueban, y se encuentra que dichos registros ni siquiera mencionan la adquisición más importante, y muy frecuentemente la única que el posesor haya hecho de inmuebles que tiene á título de heredero. Se contesta que es imposible hacer depender la transmisión de los bienes por vía de herencia de la formalidad de una transcripción sin amenazar el principio de que *la muerte pone al vivo en posesión*. (1) En realidad este principio nada tiene de común con la transcripción; se refiere á la transmisión de la *posesión* que se considera hecha por el que muere á su heredero; y la transcripción es extraña á la *posesión*, tiene por objeto la publicidad de los actos que transmiten la *propiedad*. Son, pues, verbosidades las frases que se leen en un autor que muy amenudo toma sus frases por razones: La sucesión siempre se ha considerado en Francia como operando una devolución de pleno derecho, y la máxima de que *la muerte pone al vivo en posesión* es una de las reglas esenciales de nuestra jurisprudencia. ¿Habrá que retroceder hasta la Edad Media germánica para someter á la investidura al sucesor *ab intestato*? ¿Habrá que quitar á la jurisprudencia francesa una de sus más preciadas libertades y romper esta condena de generaciones que se reemplaza una á otra como si hicieran un todo doméstico? (2) ¿Qué tiene que hacer la *libertad* en un debate en que se trata de dar á conocer á los terceros la filiación de la propiedad? ¿En qué rompería la publicidad el encadenamiento de las generaciones? Si la publicidad fuera posible el legislador habría debido prescribirla con el fin de com-

1 Informe de la comisión especial belga (Parent, p. 9).

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 205, núm. 36.

pletar el registro de las transcripciones que presentaría así la situación exacta de todos los propietarios de inmuebles. Lejos de *retrogradar* el legislador hubiera extendido y generalizado su reforma. Si no lo hizo es porque era imposible aplicar el sistema de transcripción á la transmisión de los bienes y por vía de herencia. En efecto, la transcripción supone una acta que el conservador copia; ¿dónde está esta acta en materia de la sucesión? No la hay. Es la ley; es la sangre, que transmiten los bienes del difunto á aquel que su grado de parentesco llama á ello; no hay en esto ninguna base en la que se pueda sentar una transcripción. El legislador hubiera debido conformarse con una declaración del sucesible; pero semejante declaración, como lo dice muy bien la comisión belga, no hubiera formado en favor del sucesible un título contra el verdadero heredero. El legislador tuvo que detenerse ante lo imposible.

40. Sin embargo, en Bélgica y en Francia se comprendió cuán útil sería á los terceros conocer el hecho de la transmisión de tales inmuebles á tales herederos. Interés de curiosidad, dice el Sr. Troplong. La comisión belga ha contestado de antemano esta frívola objeción. «La comisión ha pensado, dice el Relator, que un registro público que diera á conocer á los terceros las instancias que se operaran por defunciones presentaría un cierto grado de utilidad, dando un medio de remontarse al conocimiento de todos los propietarios sucesivos de un bien. Para alcanzar este objeto bastaría indicar en las declaraciones de sucesión los inmuebles por secciones y números bajo los que figuran en la materia del contrato, y prescribir á los conservadores llevar, independientemente de los libros actuales, un registro en el que se inscribieran las declaraciones de sucesiones respectivas y de las que el receptor de los derechos de sucesión tendría que darles una copia.» Si la comisión no formuló esta proposición en artículos de ley es que pensaba que la

medida, siendo puramente administrativa, estaría mejor colocada en una ley acerca de los derechos de sucesión.

La comisión de 1849 instituida en Francia por el Guarda Sellos hizo la misma proposición y la formuló en su proyecto. Se lee en el informe de esta comisión: «La convicción de que sin la publicidad de todas las mutaciones, de todos los establecimientos de propiedad inmuebles, de cualquiera fuente que proceda, no se podría contar con el verdadero desarrollo del crédito, nos hubiera conducido á extender la obligación del registro hasta las sucesiones *ab intestato*, si esto hubiera sido posible; pero el primer elemento de esta formalidad hacía falta. No tenemos acta que sometes á la transcripción. La naturaleza de las cosas se demostró aquí más fuerte que la lógica y hemos tenido que renunciar á perseguir hasta allí las consecuencias. Pero hemos querido comenzar á abrir la vía de una publicidad universal, imponiendo á los receptores del registro, á quienes deben ser hechas las declaraciones de sucesión, la obligación de dar conocimiento inmediato de la mutación que acababa de operarse con el objeto de que pudiera mencionarse en el registro de la transcripción. Esto sólo será, sin duda, un aviso al que no podrán ligarse para con los terceros los efectos legales del registro; pero este aviso podrá serles útil y esto basta para que se exija su mención en los libros del conservador y en los estados que se pidieran á este último.» (1)

Estas proposiciones no tienen éxito ni en Francia ni en Bélgica. Parece que lo que impidió aquí que el Gobierno le diera curso fueron las dificultades de ejecución y el inconveniente de complicar con nuevas escrituras los archivos ya muy complicados de los registros públicos. (2) Simples dificultades de hecho no debieron haber suspendido la ejecu-

1 Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 9, núm. 13.

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 32, núm. 14.

ción de una medida que hubiera completado la publicidad á la que el crédito público está tan esencialmente enlazado.

41. Los testamentos son también actas por causa de muerte; por consiguiente, dispensados del registro. ¿Por qué razones? Esta es una nueva excepción al principio de la publicidad y un nuevo vacío; resulta que los libros del conservador no mencionan ninguna transmisión hereditaria; de modo que no dan á conocer la más importante transmisión, y también la más usual, puesto que tiene necesariamente lugar al morir cada propietario. No puede decirse de los testamentos lo que hemos dicho de las sucesiones *ab intestato*: que su publicidad es imposible porque no hay testamento sin acta; y de hecho había costumbres que prescribían los deberes de ley para las sucesiones testamentarias. Aun hay más: el mismo Código prescribe la publicidad de las substituciones fideicomisarias permitidas cuando se efectúan por acta de última voluntad, tanto como cuando se hacen por donación entre vivos. El art. 1069 dice: «Las disposiciones por actas entre vivos ó testamentarias con cargo de restitución serán publicadas: á saber, en cuanto á los inmuebles; por la transcripción en el registro de hipotecas del lugar de su ubicación, y en cuanto á las sumas colocadas con privilegio en inmuebles, por el registro de los bienes afectados del privilegio.» Hé aquí una anomalía, y es tal que se tiene que preguntar si esta disposición no está abrogada por la Ley Hipotecaria. Es de principio que la Ley Hipotecaria no deroga el Código Civil, sólo que el título *De las Hipotecas* está substituido por la nueva ley; sin embargo, este principio no es absoluto, como lo vamos á ver al tratar de las donaciones. Lo que nos conduce á admitir que la Ley Hipotecaria no abroga el art. 1069 es que esta disposición pertenece á una materia enteramente especial y fué promulgada por motivos también especiales; trasladamos acerca de este punto á lo dicho acerca de las sub-

stituciones fideicomisarias; esto es, pues, una excepción al derecho común, y con este título puede subsistir junta con este derecho. En regla general el registro de los valores muebles no está sometido á la publicidad, mientras que el art. 1069 prescribe la publicidad de los capítulos garantizados por un privilegio. Esta nueva excepción confirma lo que acabamos de decir: es que la materia de las substituciones es enteramente especial y que, por consiguiente, las excepciones que hay en ella pueden coexistir con la regla establecida por la Ley Hipotecaria. Esta es la aplicación del principio de que una ley general posterior á una ley especial no deroga á ésta. (1)

42. Lo seguro es que estando la publicidad consagrada por el Código Civil para los testamentos en materia de substitución es tanto más difícil explicar la regla contraria admitida por los autores de nuestra Ley Hipotecaria. La Comisión del Senado ha motivado como sigue la excepción que la nueva ley ha hecho al principio de la publicidad en lo relativo á testamentos. (2) Distingue entre los legatarios que están en posesión y los que deben pedir la entrega. Los legatarios en posesión están en todo asimilados á los herederos legítimos; si no se ha prescrito la publicidad para la transmisión de bienes *ab intestato* por razón del principio de la posesión se debe por identidad de motivos extender la misma excepción á los legatarios universales que están en posesión. Esta primera razón no es concluyente. Es menos por causa de la posesión que por causa de la imposibilidad de registrar cuando no hay acta que transcribir por lo que se ha dispensado de las sucesiones *ab intestato* del registro (núm. 39). Hay, pues, que apartar la posesión. La Comisión del Senado no disimuló que la clandestinidad tenía

1 Martov, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 33, núm. 1.

2 Informe de la Comisión del Senado (Parent, p. 395).

grandes inconvenientes. Si el heredero legítimo ó el legatario universal en posesión disponen de un buen legado venden la cosa ajena; la venta es nula, el legatario puede reivindicar y el tercer adquirente será vencido, sin que haya podido conocer la existencia del legado. Por contra, la necesidad de publicar las disposiciones testamentarias hubiera comprometido los derechos de los legatarios. Hay respecto á la publicidad una gran diferencia entre el legatario y el adquirente entre vivos, comprador ó donatario; éste es parte en el contrato, sabe que si no lo registra no será propietario para con los terceros; sus intereses están garantizados por sólo que está en condición de resguardarlos. No sucede lo mismo con el legatario; puede ignorar, é ignora amenudo, la existencia del testamento; el heredero que encuentra el acta entre los papeles del difunto dilata en darla á conocer y dispone mientras tanto de los bienes legados. Si se admite como principio que el legatario no es propietario para con los terceros sino por la transcripción no tendrá ninguna acción contra los terceros adquirentes de los bienes que le pertenecen, y su acción contra los herederos puede ser ineficaz si éstos son insolventes. El sistema de la publicidad conducía, pues, á despojar al legatario, sin que le fuera posible conservar sus derechos. La consideración es grave, pero no es decisiva. En efecto, se prevalece de un caso excepcional que se presentaría raramente para derogar el principio de la publicidad que es de interés general.

La Comisión del Senado añade que los intereses de los terceros no corren gran peligro, aun en el sistema de la clandestinidad, porque la jurisprudencia se inclina á mantener las actas hechas por el heredero aparente cuando los terceros son de buena fe. Esto es verdad para la jurisprudencia francesa, no lo es para la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, y en nuestro concepto, esta última tiene razón. El he-

redero verdadero es el único propietario; puede, pues, reivindicar los bienes que le pertenecen contra los terceros á quienes el heredero aparente los haya vendido. Resulta que las acciones de repetición de herencia vienen á perturbar las relaciones civiles. Esta es una de las razones que habían inclinado á la comisión francesa á proponer la publicidad para los testamentos, pero esta proposición no fué admitida. (1)

43. El sistema de publicidad por vía de transcripción sólo se aplica á las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios y á ciertos arrendamientos. Hay otras actas que interesan á los terceros y de las que el legislador no prescribió el registro. Tal es la anticresis; la ley francesa la somete á la transcripción, la nuestra guarda silencio; hemos dicho en otro lugar que la anticresis no es un derecho real inmobiliario sino un simple derecho de crédito que el anticresista no puede oponer á los terceros. Desde luego era inútil hacerlo público.

¿La institución contractual debe registrarse? Ya hemos examinado la cuestión. La negativa está generalmente admitida. Sin embargo, los terceros que tendrían interés en la publicidad son los donatarios. ¿El legislador no consideró suficiente dicho interés ó es por olvido por lo que no habló de la donación de bienes futuros? Lo seguro es que en esta materia la publicidad es fácil de organizar, puesto que existe una acta auténtica.

Quando un crédito hipotecario está extinguido por el pago ó por cualquier otro medio legal la hipoteca queda generalmente extinguida. Los terceros que tratan con el acreedor cuyo derecho está extinguido tendrían interés en conocer la extinción del crédito hipotecario. Diremos más adelante por qué el legislador no prescribió la publicidad.

1 Parent, p. 395. Compárese el informe hecho al Cuerpo de Legislativo por Le Belleyme (Troplong, ps. 31 y siguientes). Mourlón, t. I, ps. 7 y siguientes.

de la liberación y cómo proveyó á los intereses de los terceros cesionarios.

La cesión de bienes no es translativa de propiedad, luego no necesita registrarse aunque comprendiera inmuebles. Sin embargo, hubiera sido útil para los terceros conocer la cesión, puesto que se admite que el deudor que la consintió no puede ya disponer de sus bienes directa ni indirectamente, en perjuicio de los acreedores á los que los abandonó. Si el legislador no prescribió la publicidad es probablemente por olvido.

§ II.—APLICACION.

Núm. 1. De las actas entre vivos á título gratuito.

44. El art. 939 somete al registro las donaciones de bienes susceptibles de hipotecas, y el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria dice: «Todas las actas entre vivos á título gratuito serán registradas.» De ahí la cuestión de saber si la nueva ley entendió mantener el art. 939 y los artículos siguientes que se refieren á ello, ó si abrogó todas estas disposiciones. La ley francesa de 1855 ha previsto la dificultad y la decidió en estos términos: «No se derogan las disposiciones del Código Napoleón relativas al registro de las actas de donación ó que contienen disposiciones con cargo de restitución; continuarán recibiendo su ejecución.» Nuestra Ley Hipotecaria no contiene ninguna disposición relativa á la abrogación de las leyes anteriores, salvo la del art. 1.º que dice que la Ley Hipotecaria substituye al título XVIII del libro III del Código Civil. ¿Quiere decir que todas las demás disposiciones del Código relativas á materias tratadas por la nueva ley están mantenidas? Tal ni fué, no tal pudo ser, la mente del legislador. Cuando la discusión de la ley en la Cámara de los Representantes se hizo notar así: «Hay, decía M. de Theus, disposiciones de varios títulos del Código

go que están cambiadas, especialmente del título *De las Sucesiones* y del título *De las Donaciones*.» El orador pidió que el Gobierno presentase la ley que puso en armonía las disposiciones de la Ley Hipotecaria con las del Código Civil; es decir, que modificase el Código Napoleón para ponerlo en relación con la Ley Hipotecaria. El Ministro de Justicia contestó que tal era la intención del Gobierno. (1) Esta intención no tuvo curso.

Resulta de esta discusión que la ley de 1851 deroga el título *De las Donaciones*, y una ley especial debía determinar el alcance de estas derogaciones en el silencio de la ley; al intérprete toca decidir según los principios generales del derecho. (2) Un primer punto es seguro: es que la ley belga no mantiene, como lo ha hecho la ley francesa, las disposiciones del Código acerca de la publicidad de las donaciones; hay derogación por confesión de los mismos autores de la ley. Este es un punto muy importante, pues aparta una objeción de principio. La materia de la abrogación de las leyes no está tratada en el Código, se ha abandonado á la doctrina. Y la doctrina ha sentado como regla que las leyes generales posteriores no derogan las leyes especiales anteriores; esta regla está fundada en los principios que rigen la abrogación tácita. Sólo quedan abrogadas por una nueva ley: las disposiciones de las leyes antiguas, que son incompatibles con la última expresión de la voluntad del legislador. La cuestión está, pues, en saber si una ley general es incompatible con una ley especial; y la negativa es segura, puesto que la excepción puede muy bien coexistir con la regla. Si se aplicara este principio á la Ley Hipotecaria se podía inducir que deja subsistir las disposiciones del Código Civil acerca de la publicidad de las donaciones. Pero esto sería aplicar mal el principio que acabamos de

1 Delebecque, *Comentario legislativo de la ley de 1851*, p. 1, núm. 1. Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 33, núm. 17.

2 Compárese el t. XII de estos *Principios*, núm. 370.

recordar. La abrogación tácita es esencialmente una cuestión de intención; siendo la voluntad del legislador soberana puede por una ley general derogar una ley especial, y esta intención es muy natural cuando la ley especial consagraba una publicidad incompleta, como lo hacía el Código Civil, mientras que la ley general establece un sistema completo de publicidad. ¿No es lógico que la forma de la antigua legislación se extienda á las disposiciones excepcionales é incompletas que el legislador quiso generalizar perfeccionándolas? Un nuevo sistema de publicidad completa reemplazará necesariamente todas las antiguas disposiciones que organizaban una publicidad incompleta.

45. Esta intención del legislador belga no sólo resulta de la discusión que tuvo lugar acerca del art. 1.º; M. de Theux y M. Tesch, el Ministro de Justicia, sólo hicieron constar la abrogación que resultaba de las disposiciones de la nueva ley; la abrogación está claramente consagrada por el art. 1.º de la ley. Si el legislador belga hubiera entendido mantener los arts. 939 y siguientes no hubiera mencionado las donaciones en el art. 1.º; las hubiera pasado en silencio, como lo hizo el legislador francés; lo que conduce tácitamente á mantener el Código Civil. Nuestra ley, al contrario, al establecer el principio de la publicidad comienza por aplicar el principio á las actas entre vivos á título gratuito; disposición enteramente inútil si la mente de los autores de la ley hubiera sido mantener el art. 939 y los artículos que dependen de éste. La disposición hubiera sido más que inútil, pues hubiera resultado una antinomia entre la Ley Hipotecaria y el Código Napoleón. Esto es el punto decisivo del debate.

El art. 939 reproduce los términos de la ley de 11 Brumario, año VII, no establece una publicidad completa de todas las transacciones inmobiliarias á título gratuito; la transcripción sólo se debe hacer cuando la donación tiene

por objeto bienes susceptibles de hipoteca. ¿Por qué esta restricción á la publicidad cuando por su esencia ésta es universal? La restricción nos enseña la intención del legislador: sólo tuvo presente el interés de los terceros acreedores que estipulan una garantía real; y es evidente que los acreedores hipotecarios no están interesados en que se hagan públicas las mutaciones de bienes que no se pueden hipotecar. Hé aquí por qué el legislador francés limitó la publicidad á los bienes susceptibles de hipoteca. Dicha restricción no se encuentra ya en el art. 1.º de la ley belga que sólo exige una cosa: que se trate de derechos reales inmobiliarios, cualesquiera que sean; por lo demás, dichos derechos pueden ser ó no hipotecables. La diferencia es característica, revela otro espíritu, una tendencia más limitada. Nuestra Ley Hipotecaria prescribe una publicidad completa para la donación tanto como para los actos á título oneroso. ¿Cómo se quiere que una ley que ordena la publicidad de todas las donaciones coexista con una ley que limita la publicidad á ciertas donaciones? Hay incompatibilidad entre la antigua ley y la moderna, luego el Código Napoleón está abrogado por la Ley Hipotecaria.

46. Esto no es muy dudoso en lo que se refiere á la restricción que resulta de las palabras del art. 939: *bienes susceptibles de hipoteca*. ¿La donación de un derecho de uso ó de habitación, la donación de una servidumbre, debe ser transcripta? No, conforme al Código Civil. Sí, conforme á la ley de 1851. El no y el sí son incompatibles. Luego la nueva ley abroga á la antigua. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. ¿Por qué ella establece una publicidad más extensiva? Para hacer conocer á los terceros los cambios mobiliarios que puedan interesarles. ¿Y un tercero adquirente, aun el tercero acreedor hipotecario, no tienen interés en conocer la existencia de un derecho de uso tanto como la de un derecho de usufructo? ¿Y se les debe dejar que

ignoren el establecimiento de una servidumbre que disminuye el valor de la cosa? Si estos derechos, aunque no susceptibles de hipoteca estaban constituidos á título oneroso el acta debería ser transcripta en virtud de la ley de 1851, y ¿se dispensaría de toda publicidad al establecimiento de estos mismos derechos á título gratuito? Esto no tendría sentido. Se ve que la publicidad establecida por la ley de 1851 para los actos á título oneroso debía reaccionar sobre la publicidad menos extensiva que la que el art. 939 establece para las donaciones. Es decir, que la ley belga abroga en este punto el Código Napoleón.

Hay una derogación más importante. El Código Napoleón, lo mismo que la ley de Brumario, año VII, sólo se preocupan por un solo interés: el de los acreedores hipotecarios; la publicidad no se estableció en interés de los acreedores quirografarios; quedan bajo el imperio del viejo principio de clandestinidad; esto es á todas luces ilógico. No se concibe que la clandestinidad; coexista con la publicidad. No se concibe tampoco que ciertos acreedores se aprovechen de la publicidad y que á otros se les prive de este beneficio. Estas distinciones arbitrarias, ilógicas, están en oposición con el principio de nuestra Ley Hipotecaria que ha querido garantizar todos los intereses por lo que permite á todos los terceros prevalecerse de la falta de publicidad, aun á los acreedores quirografarios. Sin embargo, este punto está contrvertido. Volveremos á este asunto.

47. Queda una última dificultad en lo relativo á la abrogación del Código Civil por la Ley Hipotecaria. Después de haber establecido el principio de la publicidad el Código Civil determina las personas que están encargadas de requerir la transcripción cuando se han dado los bienes á incapaces ó á establecimientos públicos (art. 940); después indica las personas que pueden oponer la falta de publicidad y las que no pueden prevalecerse de ella (arts. 194 y

942). ¿Están estas disposiciones abrogadas al mismo tiempo que la del art. 939 de que dependen? Contestamos que la nueva ley abroga el derecho antiguo en tanto que establece reglas distintas de las que la ley de 1851 ha consagrado. No hay más que un derecho en la transcripción: ¿los arts. 940-942 están en armonía con este derecho? ¿Quedan vigentes? ¿Están en oposición con el derecho general? ¿Decaen? Tal es el principio; más adelante veremos sus dificultades en la aplicación.

48. Luego el principio de nuestra legislación es, pues, que toda donación de derechos reales inmuebles está sometida á la transcripción. ¿Se aplica este principio á las donaciones hechas por contrato de matrimonio? Se debe distinguir. No hay duda en cuanto á las donaciones de bienes presentes; en los términos del art. 1081 toda donación de bienes presentes, aunque sea hecha por contrato de matrimonio á los esposos, está sometida á las reglas generales prescriptas para las donaciones hechas á este título. El art. 939 era, pues, aplicable á estas donaciones; y el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria lo es igualmente, puesto que se trata de una acta entre vivos á título gratuito, translativa de derechos reales inmuebles. Ya lo decidimos así en el título *De las Donaciones* (t. XI, núm. 174). No había razón para exceptuar el principio de publicidad en lo referente á las donaciones hechas por contrato de matrimonio; por muy favorables que sean hay un interés más favorable aún: es el del tercero y del crédito público.

49. ¿Está sometida la institución contractual á la transformación? Desde luego se debe ver si debe ser transcripta en virtud del Código Civil y, suponiendo que deba serlo, si el Código Civil está mantenido por la Ley Hipotecaria. Ya contestaremos de antemano á estos puntos. En el título *De las Donaciones* establecemos que el Código no prescribe la

publicidad de las instituciones contractuales (t. XV, número 188). Y suponiendo que estas donaciones fuesen sujetas á la formalidad de la transcripción en virtud del Código Civil aun se necesitaría separar el Código, puesto que el artículo 939, el único que ordena la transformación en materia de donaciones, está abrogado por la Ley Hipotecaria (núms. 44 y siguientes). La cuestión debe, pues, ser examinada exclusivamente conforme á la ley nueva.

El art. 1.º de la ley belga prescribe la transcripción de todos los actos entre vivos á título gratuito translativos de derechos reales inmobiliarios. Luego la condición esencial para que una acta deba ser transcripta es que sea translativa de propiedad. La cuestión se refiere á la transcripción de la institución contractual; ¿se reduce, pues, á saber si la donación de bienes por venir es translativa de propiedad? Transmite al donatario la calidad de heredero contractual, el donante no puede ya despojarle de este derecho; pero no es una translación de derechos inmobiliarios, aunque no hubiere inmuebles en el patrimonio del donante; el derecho del instituido, en virtud de la institución, es un derecho á los bienes que el instituyente dejará á su muerte; esta derecho por sí no es ni mueble ni inmueble; sólo es á la muerte del donante cuando el instituido ejercerá su derecho en los bienes que dejó el donante; y ¿en qué consiste este derecho? En aceptar ó repudiar la herencia. Lo que no es aún un derecho inmobiliario; es únicamente en caso de aceptación que el restituido tendrá un derecho en los bienes, derecho inmobiliario ó mobiliario, según la naturaleza de los bienes que componen la sucesión. De este modo la transmisión de la herencia por contrato no cae bajo la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Esto es decisivo, pues que cuando la donación el donatario no adquiere ningún derecho en los bienes del donante, sean muebles ó inmuebles; el donante conserva la propiedad de sus bienes

presentes y de los que adquirirá; puede disponer libremente de ellos á título oneroso, enajenarlos é hipotecarlos. De aquí se sigue que la restitución contractual no es *translativa de derechos reales inmobiliarios*, lo que decide la cuestión.

Se objeta que el donante no puede disponer á título gratuito de sus bienes, salvo por sumas pequeñas á título de recompensa ó de otro modo (art. 1083); se concluye que no conserva ya la propiedad plena y completa; enajena, pues, al menos parcialmente, en lo referente al derecho de disponer á título gratuito; por tanto, el art. 1.º es aplicable. Contestamos que el art. 1.º exige una acta translativa de derechos reales inmobiliarios, lo que comprende la translación de la propiedad de un inmueble ó la de un desmembramiento de esta propiedad. ¿Es que el donante que ha hecho una institución contractual transfiere al donatario ya la propiedad de un inmueble, ya un desmembramiento de esta propiedad? Nó, pues el art. 1.º de la ley está fuera de causa. Lo que impropiamente se califica de acta translativa no es en realidad más que una restricción que el donante se impone en cuanto al derecho de disponer á título gratuito. Todo lo que se podría deducir es que la ley, en razón de esta restricción y en interés de los terceros á quienes el donante quisiera gratificar, habría podido exigir la publicidad de la institución contratada, pero no lo ha hecho el legislador. Y no basta con que un tercero esté interesado en la publicidad para que se deba hacer la transcripción, se necesita que exista una acta translativa de derechos reales inmobiliarios; y la institución contractual no es una acta que transfiera al donatario un derecho real inmobiliario; luego el art. 1.º de la ley es inaplicable.

50. Queda una dificultad. La institución contractual no debe ser transcripta en el momento de hacerse, ni durante al vida del instituyente, puesto que no hace ninguna trans-

misión de bienes sino hasta la muerte del donante. Pero entonces la institución contractual se abre, recogiendo el donatario los bienes que se hallaban en la herencia del donante. Se hace, pues, una transmisión de bienes inmuebles si hay inmuebles. ¿Há lugar á la transcripción? En nuestro concepto no. No basta que haya transmisión de bienes inmuebles para que el acta en virtud de la cual se opera deba ser transcripta, se necesita que el acta sea entre vivos, puesto que ésta debe ser translativa de propiedad. Y la institución contractual no es, en este sentido, una acta entre vivos, es una acta á causa de muerte; da principio á una *sucesión contractual*, análoga á la *sucesión testamentaria*; no hay más que esta diferencia: que el donatario es heredero en virtud de un *contrato*, pero no deja de ser heredero. Y la transmisión por vía de herencia se hace por causa de muerte. Esto nos parece decisivo.

Se objeta que no se puede contestar á la institución contractual el carácter de *acta entre vivos*, lo que hace aplicable el art. 1.º (1) Sin duda que el acta que comprueba la institución contractual es entre vivos, puesto que pasa durante la vida del donante y donatario, pero no es al *escrito* al que se debe uno referir para decidir si el acta debe ser transcripta, es á la *convención* consignada en el escrito. La publicidad que la ley prescribe se refiere á la convención, al hecho jurídico, y no al escrito. Hablando de *actas entre vivos* la ley entiende, pues, hablar de una convención entre vivos; es decir, de una convención que transmite inmediatamente la propiedad al acreedor y que por esta razón interesa á los terceros. ¿Se quiere la prueba? Si se atuviera uno al *escrito* se debería decir que el testamento también es una acta entre vivos, puesto que es durante la vida del testador en la que se redactó. ¿Por qué, sin embargo, se le llama acta á causa de muerte? Porque sólo tiene efecto por la muerte del testador. Y bien,

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 38, núm. 19.

la institución contractual no opera sus efectos más que á la muerte del instituyente; luego no es una acta por causa de muerte y, por tanto, no debe ser transcripta.

Si duda que hay diferencias entre esta acta por causa de muerte y las demás sucesiones. Si la *sucesión ab intestato* no ha sido sometida á la transcripción es porque falta una condición esencial de la publicidad; no hay acta que transcribir. En la institución contractual, al contrario, hay una acta, y auténtica; luego nada impedía someterla á la publicidad. En los testamentos hay otro motivo que obligó al legislador á no hacerlos públicos: el interés del legatario; ¿si ignora el testamento se le puede obligar á hacer transcribir una acta que no conocía? ¿Y se dirá que no es propietario con relación á los terceros por no haber requerido la transcripción de una acta cuya existencia no conocía? Este motivo no se aplica á la institución contractual. Es un contrato, figura en él el instituido; sabe que sus derechos se abren á la muerte del instituyente; nada le impide hacer transcribir su contrato á la muerte del donante, que generalmente conocerá porque está interesado en conocerlo. El legislador habría debido tener en cuenta estas diferencias que existen entre la sucesión contractual y las demás sucesiones; sometiendo á la vez que éstas á la transcripción obligar al donatario á transcribir el acta que lo llama á la herencia. ¿Pero lo ha hecho el legislador? Nó. No distingue más que dos clases de actas en esta materia: las actas entre vivos y las causadas por muerte; las primeras deben ser transcriptas; las segundas no están sometidas á la transcripción; y la institución contractual no es una acta entre vivos en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria; luego no debe ser transcripta. Es un vacío y una especie de anomalía en el sistema de publicidad, pero no corresponde al intérprete corregir la ley. (1)

1 Compárese Troplong, *De la transcripción*, p. 247, núm. 76.

51. Hay una institución contractual modificada ó acumulativa que comprende, á la vez que los bienes presentes, los bienes futuros del donante. ¿Debe ser transcripta esta institución? Ya hemos examinado esta institución bajo el punto de vista del Código Civil (t. XV, núm. 260). En cuanto á la Ley Hipotecaria no somete á la transcripción más que las donaciones translativas de derechos reales inmobiliarios. Y la institución acumulativa, aunque comprenda los bienes presentes, no transfiere la propiedad al donatario; no debe, pues, ser transcripta. Solamente á la muerte del donante el donatario puede atenerse á los bienes presentes; en este caso puede reivindicar los inmuebles comprendidos entre los bienes que el donante hubiera enajenado (art. 1084). Pero para reivindicar se necesita ser propietario con respecto á aquel contra quien se formula la acción, y conforme á la Ley Hipotecaria no es propietario con respecto á los terceros sino en virtud de la transcripción. El donatario tiene, pues, un derecho eventual en transcribir la institución acumulativa para el caso en que se atenga á los bienes presentes; si el donatario no usa de este derecho la institución acumulativa se confunde con la contractual ordinaria y se le aplica, por lo mismo, lo que acabamos de decir (núm. 50): no habrá lugar á ser transcripta.

52. Hay todavía una donación de bienes futuros; es la donación del art. 1086. Una donación de bienes presentes puede ser hecha por contrato de matrimonio bajo condiciones que la hagan revocable de manera que no se haga definitiva sino hasta la muerte del donante. En este caso la donación, aunque referente á los bienes presentes, no transmite la propiedad al donatario (t. XV, núm. 285); no es, pues, translativa de propiedad; por tanto, no debe ser transcripta. Se aplican á esta donación los principios que rigen la institución contractual (núm. 50).

53. ¿Está sometida á la transcripción la donación entre

cónyuges durante el matrimonio? Si es una institución contractual la negativa es cierta, conforme á lo que dejamos dicho (núms. 50-52) Si es una donación de bienes presentes puede ser revocada, pero no es menos translativa de propiedad; lo que hace aplicable el art. 1.º de la Ley Hipotecaria (t. XV, núm. 319). (1)

Núm. 2. De las actas á título oneroso translativas de propiedad.

I. Principio.

54. Las actas á título oneroso deben ser transcriptas según los términos del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria cuando son translativas *de derechos reales inmobiliarios*. Esta expresión general comprende desde luego la plena propiedad y también los desmembramientos de ella.

No hay más que las actas translativas de propiedad *inmobiliar* que deben ser transcriptas (núm. 37). Pero hay cosas mobiliarias que en derecho se consideran como inmuebles bajo ciertas condiciones. El Código desde luego considera como inmuebles por su naturaleza cosas que por su misma naturaleza son más bien mobiliarias: tales son las cosechas en pie, los frutos de árboles no recogidos, los árboles mismos y, por consiguiente, la leña (arts. 520-521). La razón es que los frutos que penden del árbol ó de la raíz están en la tierra de que forman parte y de la que se nutren. Estas cosas se hacen muebles desde el momento que están desprendidos de la tierra.

Hay después objetos mobiliarios que se hacen inmobiliarios por incorporación: tales son los materiales empleados en la construcción de una cosa. El Código considera las construcciones como inmuebles por su naturaleza (art. 518); es más exacto decir que los materiales que sirven para construir una

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 40, núm. 20.

cosa quedan inmuebles hasta que hayan sido empleados por el obrero en una construcción; es, pues, por su implantación en el suelo como se convierten en inmuebles; cuando el edificio se destruye los materiales que provienen de la demolición vuelven á tomar su calidad de muebles.

Los objetos que el propietario de un fundo agrícola ó industrial colocó en él para la explotación y servicio de este fundo son inmuebles por su destino. Desde que este destino cesa la inmovilización cesa igualmente. El Código considera también como inmuebles por destino los efectos muebles que el propietario puso en el fundo con destino perpetuo (art. 524). Depende del propietario cambiar este destino y mobilizar los inmuebles; la perpetuidad de la cosa cesa cuando el propietario rompe la liga que fijaba los objetos al suelo.

Se pregunta si las actas translativas de propiedad de estos objetos, muebles por su naturaleza, pero inmuebles por su destino, deben de transcribirse. Para que pueda presentarse la cuestión es necesario que la venta de estas cosas se haga separadamente del suelo de que son un accesorio; si se venden con el suelo la inmovilización subsiste y, por consiguiente, la venta es inmoviliar para las acciones inmobiliarias tanto como para lo principal, haciendo las acciones cuerpo con lo principal; lo que hace aplicable el art. 1.º de la ley. No sucede lo mismo cuando los objetos inmobiliarios se venden separadamente; en este caso la venta es mobiliaria. Ya hemos establecido los principios en otro lugar (t. XV, núms. 425-428) y la aplicación no es dudosa. Las ventas de una cosecha en pie, de un corte de leña, de una casa para demoler, de cosas muebles vueltas inmuebles por su destino, son actas translativas de propiedad mobiliaria; luego deben ser registradas. (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 44, núm. 28 y p. 46, núm. 29. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 14, núm. 9.

55. El Código considera también inmuebles, por el objeto á que se aplican, las acciones inmobiliarias. Transladamos en cuanto al principio á lo dicho (t. V, núms. 487 y 495). La aplicación al registro no sufre ninguna duda, el acta translativa de una acción inmobiliaria debe registrarse en virtud del art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Volveremos á este punto.

56. El art. 1.º de la ley comprende también los derechos reales inmobiliarios; es decir, los desmembramientos de la propiedad inmoviliar. Tales son el usufructo y el uso de un inmueble y las servidumbres reales. Estos son los únicos derechos reales mobiliarios que el art. 543 menciona. Leyes especiales han sido promulgadas acerca de la enfiteusis y la superficie (t. VIII, núms. 340 y siguientes). Siendo reales inmobiliarios todos estos derechos las actas en que constan son translativas en el sentido del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria; deben transcribirse. (1) La ley de 11 Brumario, año VII, hizo mal en restringir la necesidad de la transcripción á los bienes inmuebles susceptibles de hipotecas; el legislador belga ha consagrado el principio que para nosotros es una tradición nacional. Es el verdadero principio. No hay semipublicidad en la esencia, la publicidad es absoluta y general. Los terceros están interesados en conocer los derechos que desmembran la propiedad del inmueble que se proponen comprar ó que les sirve de garantía; es necesario, por consiguiente, que estos derechos figuren en los registros del conservador de las hipotecas con el fin de dar á los terceros que los consultan un conocimiento exacto de la situación de los propietarios con quienes tratan.

El art. 1.º parece, sin embargo, hacer una restricción: ordena el registro de *todos* los actos translativos de dere-

1 Véase el núm. 18.

chos reales inmobiliarios otros que los privilegios é hipotecas. ¿Por qué esta excepción? Sólo hay excepción en este sentido: que la ley no somete los privilegios y las hipotecas al registro, pero establece otra especie de publicidad por vía de la inscripción. Hay una razón de esta diferencia en el modo de publicidad. Las actas translativas de derechos reales inmobiliarios son convenciones que constan por actas; los terceros tienen interés en conocer todas las cláusulas de estas actas; es, pues, necesario que se les copien por entero en los libros. En cuanto á las hipotecas y privilegios la misma ley determina lo que los terceros tienen interés en saber. Es, pues, necesario que las inscripciones tengan las menciones, y por contra éstas bastan; desde luego la transcripción era inútil y podía ser insuficiente.

II. Aplicación.

1. De la venta.

57. La venta es el contrato usual por el que se transfiere la propiedad; se entiende que el acta de venta debe ser registrada. Sin embargo, la aplicación del principio suscita algunas dificultades.

Se pregunta primero si la promesa de venta debe ser registrada. El Código sólo habla de la promesa bilateral de venta y decide que *vale venta* cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio. Decir que la *promesa no vale venta* es decir que es translativa de propiedad, puesto que la venta no tiene más objeto; y con este título el acta debe ser registrada. Sin embargo, la cuestión es controvertida. Hay autores, y muy buenos, Troplong y Marcadé, que interpretaron tan bien, digamos más, torturaron, el art. 1589, que han conseguido hacer que diga todo lo contrario de lo que dice. La ley dice que la promesa de venta vale venta, y se le ha hecho decir que la promesa de

venta no vale venta. Respetamos el texto porque nos da á conocer la voluntad segura del legislador cuando el texto está tan claro como el del art. 1589. La venta debe ser registrada y, por tanto, la promesa de venta, puesto que vale venta. (1)

En cuanto á la promesa unilateral de venta no es translativa de propiedad, luego no tiene que registrarse. Aquí también se suscitó una controversia; promesa de vender, se dice, es una venta condicional, y la condición retrotrae, luego la promesa debe ser transcripta. ¿Cómo puede confundirse una promesa de venta, convención unilateral, con una venta condicional, convenio bilateral? Creemos inútil insistir. (2)

58. La venta alternativa presenta dificultades serias. Se enseña generalmente que «la venta de dos inmuebles es alternativa y la de un inmueble ó de una cosa mueble puede y debe ser registrada inmediatamente;» es decir, antes de toda opción y sin distinguir si la elección pertenece al deudor ó al comprador. Pero, á la vez que acordés en la necesidad de la transcripción, los autores no están muy acordés en los motivos de decidirlo; esto es, sin embargo, la cosa más importante de una carrera racional como el derecho. Cuando tres autores enseñan que la venta alternativa debe ser transcripta y que cada uno de ellos funda su opinión en una razón que desechan los otros su desacuerdo en el motivo debe hacer dudar del mismo principio en el que su acuerdo sólo es aparente. (3) Se nos permitirá, pues, proponer nuestras dudas.

Hemos dicho en otro lugar que la venta alternativa no

1 Aubry y Rau, t. II, p. 287, nota 2, pfo. 209 (4.ª edición). Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 84, núm. 38. En sentido contrario, Troplong, *De la transcripción*, p. 220, núms. 52 y 53.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 287, nota 3, pfo. 209. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 91, núm. 39.

3 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 83, núm. 37. Flandín, *De la transcripción*, p. 66, núms. 105 y 106. Aubry y Rau, t. II, p. 287, nota 3, pfo. 209).

transfiere la propiedad (t. XVII, núms. 221 y 222); no puede, pues, decirse que es una acta translativa de derechos reales inmobiliarios, y, por tanto, no tiene que registrarse en el momento en que se concluye. Hay una hipótesis en la que esto nos parece seguro. La convención tiene por objeto una cosa de 20,000 francos. ¿Es esta una acta translativa de un derecho real inmobiliario? No se sabe; la naturaleza del derecho alternativo depende de la elección. Si la parte interesada opta por la cosa mueble la convención será translativa de un derecho inmobiliario constituyendo un crédito; y se quiere que esta convención se registre. Nada impide, se dirá, que mientras que se opte se transcriba el acta. Decimos que la ley lo impide; en efecto, somete á la transcripción sólo las actas translativas de derechos reales inmobiliarios, y en el caso no se sabe, cuando la convención, cuál es la naturaleza del derecho transmitido, si es un crédito de 20,000 francos ó si es un inmueble; luego el acta no puede ser transcripta, pues la ley de la transcripción es retroactiva en su esencia. Las actas que no entran en el texto del artículo 1.º no deben ser registradas, y es bien seguro que antes de la opción la convención alternativa de una cosa ó de 20,000 francos no es una acta translativa de propiedad inmobiliar, y es también seguro que si la parte interesada opta por los 20,000 francos el acta no tiene que figurar en el registro del conservador. Se dirá que también debe preverse el caso en que el inmueble esté elegido; entonces la convención será translativa de un derecho real inmobiliario y, por tanto, sometida al registro. Sin duda, pero esto es en virtud de la opción; es, pues, sólo cuando la opción se haga cuando el acta será translativa de propiedad inmobiliar, y, por consiguiente, el registro deberá hacerse en aquel momento. La ley hubiera podido decidir que el reparto se hiciera desde que el contrato estuviese perfeccionado, pero no lo dispuso así; el intérprete se encuentra, pues, en presencia de una disposi-

ción restrictiva que no recibe aplicación en la venta alternativa de un inmueble ó de un mueble; lo que es decisivo.

La cuestión es más difícil cuando la venta alternativa tiene por objeto dos inmuebles. En este caso es seguro que la venta es inmobiliar, cualquiera que sea la opción. Se puede, pues, decir que el acta cae bajo la aplicación del artículo 1.º y que, por lo tanto, debe ser registrada. Pero la aplicación del texto no es tan segura como se cree cuando la ley prescribe la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios; es por interés de los terceros, y los terceros sólo están interesados en ello si el acta transfiere realmente un derecho inmobiliario que les puede ser opuesto. ¿Debe, pues, verse cuál es el efecto de la venta alternativa de dos inmuebles? ¿Adquiere el comprador la propiedad de uno de estos dos inmuebles y puede, en consecuencia, oponer su derecho á los terceros en virtud del contrato? Acerca de este punto hay controversia; hemos examinado la cuestión en otro lugar (t. XVII, núm. 221). En nuestra opinión el comprador no se hace propietario ni siquiera condicional, luego no tiene ningún derecho que oponer á los terceros y, por consiguiente, no se está en el texto del art. 1.º de ley. No siendo propietario el comprador hay que decidir que la propiedad de ambos inmuebles le quede al vendedor. Se obligó, es verdad, á transmitir la propiedad de uno de estos inmuebles al comprador, pero una obligación no engendra más que un lazo personal entre el acreedor y el deudor; la venta alternativa no puede, pues, ser opuesta á los terceros. Si el vendedor, después de haber vendido bajo alternativa, vende los dos inmuebles transfiere la propiedad al comprador; el primer adquirente bajo alternativa sólo tiene una acción personal contra el vendedor, no puede oponer su derecho á los terceros, puesto que no lo tiene. Luego la transcripción de la venta alternativa no tendría razón de ser.

Se objeta de nuevo que la venta alternativa de dos inmuebles, operando necesariamente la transcripción de la propiedad de un inmueble, debe registrarse para que el comprador sea propietario para con los terceros. Esto es evidente. La dificultad está en saber cuándo debe hacerse la transcripción. En la opinión general ésta debe hacerse cuando el contrato, como para toda venta. ¿Preguntamos para qué? ¿Impedirá el registro que el vendedor enajene? Permanece propietario, luego puede enajenar, y haciéndolo transferirá la propiedad. Se dirá en vano que el vendedor se obligó á transmitir uno de los inmuebles al comprador. La cuestión está en saber si esta obligación puede ser opuesta á los terceros, y la negativa es bien segura. El comprador no es propietario, ni siquiera para con el vendedor, pues no se puede ser propietario de una cosa insegura; esto no tiene sentido.

¿No siendo propietario para con el vendedor como lo sería para con los terceros? Y si no lo es ¿de qué le servirá el registro de su título? La transcripción supone que el que registra es propietario y que quiere asegurar su derecho para con los terceros. Si el comprador no es propietario no tiene derecho que asegurar, luego el registro sería inoperante. ¿Cuándo será propietario? Cuando tenga hecha su opción. Sólo entonces es cuando el comprador tiene interés en oponer su derecho á los terceros y, por consiguiente, á registrar. La transcripción debe hacerse, pero no después de la opción. Ordinariamente el consentimiento que constituye la opción debiera ser registrado y, por consiguiente, actuado. Bien que la ley no prevee la dificultad; creemos que debe ser decidida en este sentido. En efecto, la ley quiere que la convención sea transcripta por entero. Y uno de los elementos esenciales de la venta es el objeto vendido; falta, pues, alguna cosa para la perfección del contrato: es la opción la que lo completa; luego la opción es una de sus par-

tes esenciales y con este título debe ser llevada al conocimiento de los terceros.

59. Se supone que una venta se hace por un agente de negocios, ya sea como vendedor ó como comprador. ¿Esta venta debe ser registrada y tendrá la transcripción los efectos que le da la Ley Hipotecaria? Preferiríamos presentar la cuestión en otros términos. La gestión de negocios es un hecho jurídico de una tan vaga naturaleza que es muy difícil determinar sus límites: ¿qué puede hacer un gerente de negocios? ¿Es girar negocios el comprar bienes para el dueño? Con esto no se giran negocios; se compromete al dueño en un asunto que no era el suyo, se especula; ¿y especular se llama girar negocios? Lo dudamos. Pero el caso que nos proponemos para la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria puede presentarse en otras circunstancias. Según el art. 1119 no puede uno comprometerse en nombre propio por otra persona, pero el art. 1120 añade que se puede fiar á un tercero prometiéndolo el hecho de éste. Se puede, pues, vender por un tercero comprometiéndose por el comprador ó por el vendedor. Ya hemos examinado en otro lugar el efecto de estas promesas, así como de las estipulaciones que se hacen por un tercero. Por ahora se trata de saber si una venta en la que el vendedor ó el comprador no figuran ni en persona ni por mandatario debe ser registrada, y cuál será el efecto del registro.

Hay una hipótesis en la que se está poco más ó menos acorde. Un tercero vende en mi nombre, pero sin mandato por mi parte. ¿Debe registrarse esta venta? ¿Y si el comprador registra resultará que las actas hechas por el vendedor después de la transcripción no podrán ser opuestas al comprador? Hay que ver cuál es el efecto de la venta. ¿Es translativa de propiedad? La negativa es segura: el vendedor puede ser despojado de su propiedad por un tercero que vende la cosa del dueño en su nombre, pero sin su con-

sentimiento. Y es evidente que sin el consentimiento del propietario no hay translación de propiedad; el propietario conserva sus derechos en la cosa, puede disponer de ella, y si lo hace estas actas serán plenamente válidas. ¿Cuándo la venta consentida por un tercero en nombre del dueño se formará? Es necesario que el dueño ratifique lo que fué hecho en su nombre. ¿Tendrá esta ratificación un efecto retroactivo? Se cita el antiguo adagio de que la ratificación equivale al mandato. Esto puede ser sostenido entre las partes aunque el adagio sea muy discutible (t. XXVIII, núm. 74); pero es posible que ratificando la venta el dueño despoje á los terceros á los que tenga concedidos derechos reales antes de la ratificación; estos derechos subsisten porque son derechos adquiridos (t. XXVIII, núm. 75). La ratificación no puede, pues, tener efecto más que entre las partes contratantes. Síguese de esto que la venta no existirá para con los terceros sino á partir de la ratificación, á condición, se entiende, de que el acta de venta y la ratificación estén registradas; y sólo es la transcripción de la ratificación la que dará efecto á la venta para con los terceros. La transcripción del acta de venta antes de la ratificación es, pues, inútil; y aun hay más: en el rigor de los principios no puede hacerse, pues esta venta no es translativa de propiedad; desde luego el art. 1.º de la Ley Hipotecaria es inaplicable. El acta de venta y la ratificación son dos elementos de la convención y deben, por consiguiente, publicarse simultáneamente. (1)

60. Hay una segunda hipótesis más difícil. Vendo un inmueble á Pedro que declara comprarlo á nombre de Pablo, sin tener mandato de éste. El comprador debe también ratificar lo que se ha hecho en su nombre. ¿Se debe concluir que la venta no existirá con relación á los terceros

1 Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 68, núm. 32. Aubry y Rau, t. II, página 288, nota 6, pfo. 209. Compárese Troplong, *De la transcripción*, p. 224, núm. 55. Véase el t. XV de estos *Principios*, núm. 550.

más que á partir de esta ratificación? Esta sería nuestra opinión. No puede haber venta sin el consentimiento del comprador, lo mismo que sin el consentimiento del vendedor; y el consentimiento del comprador no lo da en la especie sino cuando la ratificación. Puede retrotraer esta ratificación entre las partes, ¿pero con relación á los terceros puede retrotraer? Hé aquí el *quid* de la dificultad. Los autores están de acuerdo en enseñar que la venta debe ser transcripta y que el acta transcripta puede ser opuesta á los terceros; pero no se entienden en los motivos para decidir lo que es esencial. La mayoría de ellos imaginan una condición que hacen retrotraer, pero esta condición es una pura suposición. Otros dicen que la venta es un contrato cojo que liga al vendedor sin ligar al comprador. Esta decisión también es del todo arbitraria. Es verdad que el vendedor se obliga á no disponer de la cosa en perjuicio del comprador; pero es sólo una simple obligación, mejor dicho, un simple ofrecimiento, puesto que aquel á quien se hace la ignora y no da su consentimiento más que hasta la aceptación. Es solamente hasta este momento cuando se forma el contrato de venta; por consiguiente, no es más que después de esta ratificación cuando existirá la venta y que se deberá transcribir. Cualquiera transcripción anterior sería inoperante porque haría pública una convención que aun no ha recibido su perfección. (1)

61. Hay una tercera hipótesis: la de la venta con declaración de encomienda. Se llama así á una venta en la que el comprador se reserva la facultad de indicar en cierto plazo una tercera persona, su *encomendado* ó su *amigo*, que no hace conocer por de pronto y que tomara el negocio por su

1 Compárese en sentido diverso, Aubry y Rau, t. II, p. 288, nota 5, pfo. 209. Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 72, núm. 33. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 77, núms. 126 y 127.

cuenta. Si el adquirente hace la declaración en el plazo, y si es aceptado, se le considera como no haber comprado, la propiedad no ha sido nunca de él, ni con relación á los terceros ni con relación á las partes. De aquí la necesidad de la transcripción de la venta y de la elección del encomendado. La venta debe ser transcripta haga ó no la declaración de encomienda. Si no la hace queda propietario incommutable y, por consiguiente, está sometido al derecho común; debe transcribir su acta para poder oponerla á aquellos que el vendedor hubiera conferido antes de la venta de derechos no publicados ó á los que él confiera los derechos. Si el adquirente hace la declaración de encomienda el verdadero adquirente toma su lugar á partir de la venta, y hay igual interés en que se haga la transcripción.

La declaración de encomienda debe también hacerse pública á fin de que el encomendado sea propietario, con respecto á los terceros, á partir de la venta; si la declaración está transcripta podrá oponer su acta á los terceros que hubieran tratado con el adquirente después de la transcripción de la venta. Esta advierte á los terceros que habrá un encomendado y debe, por consiguiente, asegurar los derechos de dicho encomendado contra los terceros. ¿La aceptación del encomendado debe ser transcripta? Se podría sostener que la transcripción es necesaria, puesto que es por esta aceptación por la que se forma definitivamente el contrato de venta en favor del encomendado. Si no se hace pública los terceros no pueden saber quién es propietario, el encomendado ó el adquirente personalmente; y la publicidad está establecida para que los terceros tengan conocimiento exacto de la situación de aquel con quien tratan. Esta fué la primera opinión de Mourlón, de la que se retractó. Se dice que la declaración de un encomendado no hace más que realizar la condición bajo la cual la venta se ha hecho, y las condiciones cumplidas no son públicas. ¿Es

la comparación exacta? La aceptación del encomendado es más que un hecho, es un consentimiento; luego es uno de los elementos del contrato; y todos esos elementos deben hacerse del conocimiento de los terceros, sin lo que la publicidad sería imperfecta, y una semipublicidad no llena el objeto que el legislador se propuso al ordenar la transcripción. (1)

62. La ley francesa de 1855 (art. 1.º, núm. 4) dispensa de la transcripción la adjudicación sobre licitación en provecho de un coheredero, porque esta adjudicación equivale á una partición; y conforme á dicha ley las particiones no deben ser transcriptas. Sucede de otro modo en nuestro derecho; la Ley Hipotecaria somete á la transcripción las actas translativas de derechos reales inmobiliarios, luego toda partición de inmuebles y, por consiguiente, la adjudicación sobre licitación, sin que se diferencie si se ha hecho entre coherederos ó en favor de un extraño. De aquí se sigue que las dificultades que se presentan en la legislación francesa en materia de licitación (2) no caen bajo el imperio de nuestra ley; que la licitación sea una acta translativa ó declarativa siempre debe ser transcripta.

2. De la donación en pago.

63. La donación en pago se asimila á la venta; hay, es verdad, algunas diferencias que ya hemos señalado, pero en lo relativo á la transcripción no las hay. En efecto, lo que caracteriza la donación en pago es que es translativa de propiedad; cae, pues, directamente bajo la aplicación del artículo 1.º de nuestra Ley Hipotecaria. (3)

1. Compárese Aubry y Rau, t. II, p. 288, notas 7 y 8, pfo. 209 y los autores que citan.

2. Compárese Casación, 29 de Mayo de 1876 [Dalloz, 1876, 1, 377] y Denegada, 8 de Marzo 1875 [Dalloz, 1876, 1, 369].

3. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 106, núm. 175. Troplong, *De la transcripción*, p. 232; núm. 64.

El Código Civil consagra esta teoría aplicándola á la donación en pago que se hace entre esposos. El art. 1595 dice que el contrato de *venta* no puede tener lugar entre esposos más que en los tres casos que enumera; y se encuentra que en los tres citados casos hay donación en pago; luego la ley considera la donación en pago como una venta. Sigue-se de esto que la donación en pago en los casos en que la ley la autoriza entre esposos está sometida á la transcripción. (1) ¿Cuáles son los casos en que por excepción la ley permite entre esposos el contrato de venta bajo forma de una donación en pago? Ya hemos contestado á la pregunta en el título sitio de la materia.

64. Después de la disolución del matrimonio há lugar con mucha frecuencia á una donación en pago entre esposos ó sus herederos para pagar las devoluciones de la mujer. La mujer que renuncia á la comunidad pierde todos sus derechos sobre los bienes comunes, pero conserva su derecho en las devoluciones que se le deben. Recupera el valor de sus inmuebles enajenados, de los que no se ha hecho reemplazo, así como de las indemnizaciones que le pueda deber la comunidad (art. 1493). La mujer es en este punto acreedora de una cantidad de dinero; si recibe en pago inmuebles hay donación en pago y, por consiguiente, lugar á la transcripción, aun cuando recibiera bienes de la comunidad; en efecto, por su renuncia ha perdido toda clase de derecho en los bienes que se han vuelto de la exclusiva propiedad del marido; de donde se sigue que si consiente en recibir de su marido inmuebles para el pago de su crédito los toma no en virtud de un derecho de propiedad, puesto que ha cesado de ser copropietaria, sino á título de donación en pago. La Corte de Casación concluyó, y la cosa no es dudosa, que esta convención constituía una verdadera venta con todos

1 Aubry y Rau, t. II, p. 290, notas 16 y 18, pfo. 209. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 105, núm. 46.

sus efectos; lo que decide la cuestión de transcripción. (1)

65. Cuando la mujer común acepta ejercer sus devoluciones desde luego en el dinero contante, después en los muebles y subsidiariamente en los inmuebles de la comunidad; en este último caso la elección de inmuebles se difiere á la mujer y á sus herederos. ¿La mujer que ejerce sus devoluciones en los inmuebles es un acreedor que recibe estos inmuebles en pago de su crédito y tiene que registrar esta convención? Diremos más adelante que las prelaciones que hace la mujer en los bienes de la comunidad se consideran como una operación de partición y deben, con este título, ser registradas; según la ley francesa, que no somete á registro la partición, la mujer no tiene que transcribir. (2)

La mujer, en caso de insuficiencia de la comunidad, ejerce sus devoluciones en los bienes personales del marido. Si recibe un inmueble en pago de lo que se le debe hay donación en pago y, por consiguiente, hay lugar á la transcripción.

3. Del cambio.

66. Los cambios de inmuebles ó de muebles por inmuebles están sometidos al registro, pues el cambio es un contrato esencialmente translativo de propiedad. (3) Así cuando, durante el matrimonio, uno de los esposos comunes recibe un inmueble á cambio de uno propio debe transcribir el acta para volverse propietario para con los terceros (artículo 1407). La ley permite aun el cambio á la mujer dotal bajo las condiciones que determina (art. 1559); se entiende que el acta está sometida al registro.

1 Denegada 8 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 70). Aubry y Rau, tomo II, p. 291, nota 18, pfo. 209.

2 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 106, núm. 47.

3 Marton, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 41, núm. 21.

4. De sociedad.

67. Si uno de los socios hace un aporte inmobiliario á la sociedad el acta en que consta debe ser registrada. Los autores que admiten generalmente que la sociedad, aun civil, forma un sér moral, dicen que el aporte es una acta translativa de propiedad porque la sociedad tiene una personalidad distinta; lo que hace aplicable el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria, puesto que por efecto del aporte hay transmisión de la propiedad de una persona á otra. (1) Según esto habría que decir, en la opinión contraria, que es la nuestra, que la sociedad civil no forma una persona civil distinta de los asociados y no hay translación de propiedad de una persona á otra, y que, por consiguiente, el acta de sociedad no tiene que registrarse. Esto sería la razón social. El inmueble traído en la sociedad por uno de los socios deja de ser de su exclusiva propiedad para hacerse propiedad común de los asociados; hay, pues, una mutación de propiedad: el que era propietario exclusivo sólo es ya copropietario, y los demás socios adquieren un derecho de copropiedad que no tenían. El art. 1845 confirma esta opinión; dice que el socio es gerente de la evicción que la sociedad sufre por el objeto que se pone en ella, del mismo modo que un vendedor lo es hacia su comprador; así el Código asimila el aporte á una venta, lo que es decisivo bajo el punto de vista de la transcripción. (2)

68. Cuando uno de los socios cede el interés que tiene en una sociedad cuyo activo comprende inmuebles es necesario distinguir si se trata de una sociedad de comercio ó de una sociedad civil. Cuando la sociedad es mercantil se aplica el art. 529 que dice: "Son muebles por determina-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 41, núm. 21. Troplong, *De la transcripción*, p. 234, núm. 63.

2 Flandin, *De la transcripción*, t. I, p. 173, núm. 266. Aubry y Rau, t. II, p. 291, nota 20, pfo. 209.

ción de la ley las acciones ó intereses en compañía de hacienda, de comercio ó de industria, aunque los inmuebles dependientes de estas empresas pertenezcan á las compañías. Estas acciones se reputan muebles para con cada socio sólo mientras dura la sociedad." La consecuencia es evidente en lo que se refiere al registro: el socio que vende su interés en una sociedad comercial vende un derecho mueble; no puede, pues, tratarse de registrar el acta de cesión.

¿Qué debe decidirse si un socio cede su parte en una sociedad civil cuyo activo comprende inmuebles? Si la venta se hace á un extraño la solución no es dudosa: el acta tendrá que transcribirse. En efecto, en una sociedad civil el activo es propiedad de los socios, puesto que la sociedad no constituye un sér moral; el socio que vende su parte del activo social hace una venta inmobiliaria, lo que hace necesario el registro. Lo mismo sucediera si el socio cediera su parte á un socio; la naturaleza del contrato no cambia por la calidad del comprador. Sin embargo, hay un caso en el que el acta ya no será translativa de derechos reales: si no hubiera más que dos socios y si uno cediera su parte al otro la cesión pondría fin á la sociedad y reemplazaría la partición. Según nuestra legislación esto es indiferente, puesto que las actas translativas de propiedades inmobiliarias están también sometidas al registro; mientras que, según la ley francesa, no teniendo que registrarse la partición no habría lugar á la transcripción en el caso. (1)

69. Si el acta de liquidación de una sociedad contuviera una translación de propiedad se entiende que estaría sujeta á registro. Según nuestra legislación habría lugar al registro aunque el acta fuera simplemente declarativa de derechos reales inmobiliarios.

Fué sentenciado en virtud de la ley francesa de 1855 que el acta por el que un esposo cede al otro ó á sus herederos,

1 Aubry y Rau, t. II, p. 291, notas 21 y 22, pfo. 209 y los autores que citan.

en caso de aceptación de la comunidad por la mujer, un inmueble que la es propio y destinado á reemplazar una de sus devoluciones está sujeta al registro. Lo mismo sucedería si el marido cediera á su mujer, aceptando la comunidad, un inmueble para reemplazar sus devoluciones; en este caso se podría sostener que hay partición, lo que da lugar á controversia en derecho francés. (1) Según nuestra ley siempre hay lugar al registro, sea el acta declarativa ó translativa de propiedad inmueble.

5. De la transacción.

70. En principio la transacción es una acta declarativa de propiedad; las partes contratantes no entienden, transmitir derechos ni adquirirlos, evitan un pleito ó ponen fin á un proceso; en cuanto á los bienes inmuebles que conservan ó reciben la transacción se les atribuye como habiéndoles pertenecido antes del litigio; no adquieren, pues, nada; por tanto, el acta no tiene que registrarse como translativo de propiedad inmobiliar. (2)

¿Debe transcribirse como acta declarativa? La cuestión es dudosa. En teoría habría que decidirse por la transcripción. Los terceros están interesados en conocer el resultado de la transacción: es un elemento de la situación mobiliaria de aquel con quien tratan; si la transacción no les transfiriere la propiedad cuando menos la consolida, lo que los terceros están también interesados en saber. Pero la cuestión debe ser resuelta según el texto. Y la ley no somete á la publicidad todas las actas que los terceros tendrían interés en conocer; el art. 1.º de la Ley Hipotecaria debe, pues, ser interpretado restrictivamente (núm. 31). Queda por precisar lo que se debe entender en el art. 1.º por *actas*

1 Denegada, 8 de Marzo de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 369).

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 229, núm. 69.

declarativas de derechos reales inmobiliarios. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda en este punto; el legislador quiso someter al registro las particiones; el texto es, pues, extraño á la transacción. Lo que levanta una duda es que la ley no ordena la transcripción de todas las sentencias; sólo para las sentencias que transfieren la propiedad y las que substituyen el título el legislador prescribe la publicidad; debe ser lo mismo con las transacciones que substituyen las sentencias.

Se podría creer que la transacción está sometida á la transcripción porque implica una renuncia; toda transacción obtiene un sacrificio recíproco que las partes hacen para su tranquilidad. Y la ley somete á la transcripción las renunciaciones de los derechos reales inmobiliarios, lo que parece hacer necesaria la publicidad de las transacciones. Sin embargo, hay que decidir que las transacciones no tienen que registrarse á título de actas de renuncia. Diremos más adelante que la ley entiende por esto las actas que implican una translación de propiedad inmobiliar. Y por su naturaleza la transacción no es translativa de propiedad: lo que es decisivo. (1)

71. Hay, sin embargo, casos en que la transacción es translativa de propiedad y en los que, por consiguiente, tiene que ser registrada. Ya lo hemos hecho notar en el título que es el sitio de la materia. Si una de las partes abandona á la otra un inmueble en el que no hay contestación este abandono constituye una translación de propiedad y, por tanto, hay lugar á la transcripción. (t. XXVIII, núm. 394). (R)

6. Del contrato de matrimonio.

72. El contrato de matrimonio debe ser transcripto cuando

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 241, núm. 71. Compárese el t. XXVIII de estos *Principios*, núm. 397.

do contiene una transmisión de propiedad. Este es el derecho común, y la ley no hace ninguna excepción á la regla para las convenciones matrimoniales. Las favorece más y por este motivo dispensa de la aceptación expresa las donaciones que se hagan ellas. Pero no habría ninguna razón para dispensarlas de la transcripción prescripta en interés social.

73. Hay contratos de matrimonio tácito: tal es la comunidad legal. Bajo este régimen los esposos ponen en común su fortuna mobiliaria presente y futura, lo que es extraño á la transcripción. Ponen además en común el goce de sus bienes inmuebles. ¿Es esto un verdadero usufructo; es decir, un derecho real inmobiliario? La cuestión está controvertida. Creemos que de cualquier modo que se considere el goce de la comunidad no há lugar á la transcripción. Para transcribir se necesita una acta, y en la especie no hay acta; la base de la transmisión hace, pues, falta. Si el legislador hubiera querido que la transmisión á la comunidad del goce de un propio se hiciera pública; hubiera debido prescribir un modo de comprobar esta transmisión; es decir, un escrito auténtico que el conservador habría estado encargado de transcribir. No lo ha hecho, desde luego la transcripción se hace imposible, lo que zanja la dificultad.

74. Se presenta en la comunidad de gananciales bajo el régimen de exclusión de la comunidad y bajo el régimen dotal. La solución depende del punto de saber si el goce de la comunidad ó del marido es un derecho real inmobiliario. Generalmente se admite que bajo el régimen dotal el marido es un verdadero usufructuario, y se enseña que el contrato de matrimonio debe ser transcripto cuando la constitución de dote se hace á título particular. Si lo es á título universal se dice que la transcripción no debe hacerse porque el marido no tiene ningún interés; y no está interesado porque siendo usufructuario universal del dote está

obligado á todas las deudas anteriores de la mujer, luego también á la garantía si vence á un adquirente que no la hubiera registrado. Por igual razón se decide que no há lugar á la transcripción bajo los otros dos regímenes en que el marido es usufructuario de todos los bienes de la mujer. (1) Habría muchas cosas que objetar á esta argumentación. Nos limitamos á un motivo de decisión que nos parece perentorio. ¿Es el contrato de matrimonio sí ó nó translativo de un derecho real? Si lo es la transcripción se debe hacer aun cuando el marido no tuviera ningún interés en el sentido que la ley lo prescribe para que el marido pueda oponer su derecho á los terceros, salvo que después se vea cuál es la obligación del marido para con los terceros; si el acta no es translativa de un derecho real inmobiliario el marido no está obligado á transcribir aunque los terceros y, por consiguiente, el marido estuvieran interesados. En otros términos: el interés es una cuestión de hecho que no se puede nunca decidir de una manera absoluta *a priori*. La cuestión debe, pues, ser decidida en derecho; y en derecho no existe desde que se admite que el contrato de matrimonio es translativo de un derecho real inmobiliario. Y se está de acuerdo en este punto cuando los esposos se casan bajo el régimen dotal, lo que es decisivo por los demás regímenes, puesto que el goce del marido es el mismo, salvo las diferencias de detalle que son ajenas á la dificultad.

75. ¿La cláusula de movilización deben ser transcripta? Hay una gran divergencia de opiniones acerca de este asunto. (2) La misma significación de estas cláusulas está controvertida, como lo dijimos en el título *Del Contrato de Matrimonio*. En nuestro concepto la cuestión está decidida por los textos. Toda acta translativa de inmuebles debe ser re-

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 253, núms. 84 á 88. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 128, núms. 50 y 51. En sentido contrario, River y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 105, núms. 143 á 146.

2 Véase Aubry y Rau, t. II, p. 292 y notas 24 y 25 y los autores citados.

gistrada para poderla oponer á los terceros. La dificultad se reduce, pues, á saber si la movilización es translativa de propiedad. Y los textos contestan á nuestra cuestión. La ley distingue la movilización determinada. Según el artículo 1506 la modificación está determinada cuando el esposo ha declarado movilizar y poner en sociedad tal *inmueble*, por el *todo* ó hasta concurrencia de cierta suma; el artículo 1507 dice que la modificación *determinada* tiene por efecto hacer que los inmuebles señalados se vuelvan bienes de la comunidad como los mismos muebles. Luego la movilización determinada es en los dos casos translativa de propiedad, lo que decide la cuestión de transcripción. Se hacen objeciones para el caso en que la movilización tiene lugar hasta concurrencia de cierta cantidad. Ya las contestamos en el título *Del Contrato de Matrimonio* (t. XXIII, núm. 267).

En cuanto á la movilización indeterminada el Código dice (art. 1508) que no *hace á la comunidad propietaria* de los inmuebles señalados por ella; luego esta cláusula no es translativa de propiedad; desde luego no se puede tratar de transcribirla. Se objeta que dicha cláusula obliga al esposo que la ha consentido á comprender en la masa, cuando la disolución de la comunidad, algunos de sus inmuebles hasta concurrencia de la cantidad que ha prometido. Si dichos inmuebles caen en el lote del otro cónyuge ó de sus herederos resultará una transmisión de propiedad: ¿esta transmisión no se debe hacer pública en virtud de la regla general del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria? La afirmativa es cierta; queda por saber cuál es el acta que se debe hacer pública. En nuestro concepto es el acta de partición, pues la cláusula de movilización no hace conocer el inmueble que el esposo pondrá en la masa. Lo que sería más lógico era redactar una acta separada que comprobase el aporte y la transmisión del inmueble al otro cónyuge. (1)

1 Véanse Aubry y Rau, t. II, p. 293, nota 26 y los autores citados.

La comunidad universal tiene por efecto movilizar todos los inmuebles de los esposos y transferir la propiedad á la comunidad; luego el contrato de matrimonio que estipula este régimen debe ser transcripto. (1)

76. Hay todavía en materia de comunidad una acta muy usada que da lugar á grandes discusiones. El reemplazo es una adquisición de un inmueble hecha con dinero que proviene de la enajenación de un propio de uno de los esposos con declaración de que esta adquisición se hace para reemplazar el propio vendido. La adquisición de un inmueble ciertamente que es una acta translativa de propiedad inmobiliar y á este título el acta debe ser transcripta. Acerca de este punto no puede haber duda, pero hay algo especial en lo relativo al reemplazo hecho en favor de la mujer. En los términos del art. 1435 la declaración del marido de que se hizo la adquisición con dinero que provenía del inmueble vendido por la mujer y para servirle de reemplazo no basta si no ha aceptado terminantemente el reemplazo. Se pregunta si el acta que contiene la aceptación de la mujer debe ser transcripta. Las opiniones están muy divididas, lo que procede de la incertidumbre que reina en la doctrina acerca de la naturaleza de la aceptación de la mujer. Hemos enseñado que debería uno atenerse á la tradición, conforme á la cual la adquisición es hecha por el marido en su calidad de administrador legal; es decir, de mandatario, pero con esta restricción: que la ley no le permite hacer el reemplazo sin el concurso de la mujer. Se encuentra uno en el caso previsto por el art. 1998: la mujer mandataria no es responsable de lo que se haya hecho más allá de su mandato sino en tanto que ratifique; y esta ratificación, conforme al artículo 1435, debe ser terminante. De aquí se sigue que no hay transmisión del inmueble á la mujer sino hasta que ha aceptado el reemplazo. Conforme á esto nos parece que la aceptación

1 Aubry y Rau, t. II, p. 293, nota 27, pfo. 209 y los autores citados.

es una parte integrante del acta; por lo tanto, está sometida á la transcripción. Lo exige el interés de los terceros. Si sólo el acta de adquisición está transcrita los terceros no sabrán por los registros del conservador quién es propietario; esto es, sin embargo, el primer aviso que la transcripción está destinada á ministrarles. Cuando la mujer acepta se considera que ha comprado, desaparece el marido como el mandatario por la presencia del mandante, pero es necesario que exista prueba del mandato; y en el caso el mandato resulta de la ratificación que equivale á este último, luego la aceptación completa la adquisición; por consiguiente, ésta se debe poner en conocimiento de los terceros. (1)

Núm. 3. De las actas translativas de derechos reales inmobiliarias.

77. Los desmembramientos de la propiedad constituyen realmente los *derechos reales inmobiliarios* de que habla el artículo 1.º de la ley; cuando están establecidos por acta translativa hay lugar á transcripción. Es verdad que en este caso la expresión de que la ley se vale es impropia. No se dice de aquel que constituye un derecho real que *transfiere* su derecho; sin embargo, bajo el punto de vista de los principios la palabra *translativa* puede justificarse. Si constituyo un usufructo, (2) una enfiteusis (t. VIII, núm. 366), una superficie (t. VII, núm. 417), una servidumbre real (t. VIII, núm. 155), transmito al comprador un desmembramiento de mi derecho de propiedad, el cual comprende todos los derechos reales que pueden desprenderse de ella; en este sentido el acta es *translativa* y cae bajo la aplicación literal del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria.

1 Véase, en sentido diverso, Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 133, números 53 á 62. Flandin, *De la transcripción*, t. I, p. 203, núms. 299 y 300. Abry y Rau, t. II, p. 289, nota 10, pfo. 209.

2 Ya hemos examinado en el título *Del usufructo* las dificultades que se presentan en materia de transcripción (t. VI, núms. 347 á 351).

Acabamos de enumerar los derechos reales que son un desmembramiento de la propiedad de un inmueble. Hay que agregar el uso de inmueble y el derecho de habitación que necesariamente tiene por objeto un inmueble. En cuanto á los privilegios inmobiliarios y á las hipotecas diremos más adelante que también son derechos reales ó inmobiliarios, pero la ley ha organizado una publicidad especial para las actas en que constan. Se trata de actos que constituyen los privilegios y las hipotecas. En cuanto á la transmisión de créditos privilegiados é hipotecarios la ley la somete igualmente á una publicidad especial (art. 5.º)

78. La publicidad de las servidumbres da lugar á algunas dificultades. Se pregunta desde luego si las servidumbres aparentes deben publicarse por la transcripción de las actas entre vivos que las constituyen. Ateniéndose al texto no hay duda; estas servidumbres son derechos inmobiliarios, luego la ley es aplicable. Conforme al proyecto del Gobierno, tal como lo habían admitido la comisión y la Cámara de Representantes, la constitución de servidumbres aparentes no estaba sometida á la publicidad. Estas servidumbres, decía la comisión especial, son poco perjudiciales á la propiedad; se anuncian, además, por signos que saltan á la vista: ¿para qué hacer públicos unos cargos que lo son por su naturaleza? Estas eran razones bastante malas. Acabamos de decir (núm. 74) que la consideración de interés es indiferente bajo el punto de vista del derecho porque nunca hay seguridad en que no exista interés en la publicidad cuando se trata de una acta que por su naturaleza interesa á los terceros. El Gobierno y la Cámara de Representantes pensaban que la transcripción era inútil; el Senado opinó que era útil, y tenía razón. ¿Cuál es la ventaja de la publicidad? Por una parte la de poner al adquirente de un inmueble, así como á los acreedores, al abrigo del perjuicio que sufrirían si se les pudieran oponer actos anteriores á su adquisición

y no registrados; y la servidumbre aparente puede permanecer oculta mientras que no se la ejerce; las apariencias pueden ser engañosas. Sólo hay un medio de impedir las actas ocultas: es el de ordenar su publicidad legal. Esta publicidad tiene también la ventaja de dar á los terceros un conocimiento exacto de la situación inmobiliar de aquel con quien tratan; les basta consultar los libros del registro. Pero es necesario para esto que el registro sea completo; uno incompleto induce á error porque los terceros pueden creer que no hay otros cargos más que los mencionados en él; sería un mal sistema de publicidad el obligarlos á escudriñar si los fondos de su deudor no están gravados con servidumbres. La comisión del Senado concluyó que era menester ordenar la publicidad de las servidumbres aunque pudiera resultar inútil. (1) Este es el verdadero principio en materia de publicidad.

79. La Comisión del Senado dijo en su informe que la transcripción no es evidentemente exigida para las servidumbres legales. Esto es demasiado absoluto. La expresión de *servidumbres legales* designa cargos de una naturaleza muy diferente; también debieran comprenderse en ellas, según la terminología del Código, las servidumbres que derivan de la situación de los lugares, pues es seguro que los cargos no existen sino porque la ley los establece; en este sentido son también servidumbres legales.

En esta lata acepción la palabra *servidumbres legales* comprende cargos que no son servidumbres; son más bien modificaciones de la propiedad que la coexistencia de los hombres en estado de sociedad hace necesarias. ¿Hasta dónde deben ó pueden ir estas restricciones sin que resulten de ellas para el propietario un derecho ó una indemnización?

1 Informe de la comisión especial belga (Parent, p. 13, 7^o) y de la comisión de la Cámara de Representantes (Parent, p. 115). Informe de la Comisión del Senado (Parent, p. 397).

Esta cuestión muy delicada en teoría ha sido zanjada por nuestra legislación contra los propietarios; éstos deben sufrir los cargos que la ley ó la naturaleza les impone, sin indemnización alguna, salvo el caso en que la ley les da derecho á una indemnización. Esto es decir que la propiedad puede ser restringida sin que resulte de ello un desmembramiento, una enajenación parcial en este sentido: las servidumbres legales que traen restricciones al derecho de propiedad no son derechos reales inmobiliarios; por tanto, no há lugar á publicarlas. Si el legislador hubiera querido someterlas á la publicidad hubiera debido organizar un modo de comprobar estas actas, pues las servidumbres legales, estando establecidas por la ley, faltan de base para la transcripción.

Se puede ligar á estos cargos legales que restringen la propiedad lo que algunas veces se llama la servidumbre de alineamiento. Es decir, las prohibiciones ú obligaciones establecidas para la ley y los reglamentos relativos al alineamiento y altura de las construcciones. Cuando un propietario se ve obligado á recular la fachada de una casa ribereña de la vía pública la parte del fondo que abandona se reúne á la vía y hace parte desde entonces del dominio público, sin que haya lugar á transcripción. Lo mismo sucedería en el caso en que el alineamiento dado á un ribereño implicase una expropiación por causa de utilidad pública. Volveremos á este punto. (1)

Hay servidumbres legales establecidas por interés público que desmembran la propiedad en este sentido: que el propietario no puede hacer nada en su fundo que sea contrario al interés social por razón del que el cargo fué establecido: tal es la servidumbre de escalón mencionada en el

1 Flandin. *De la transcripción*, t. I, p. 411, núm. 415. Aubry y Rau, t. III, p. 7 y nota 1, pfo. 239 bis.

art. 650. Hay servidumbres aun más onerosas; son las servidumbres militares. Estos cargos existen en virtud de la situación de los fundos; están consagrados por la ley sin que ésta prescriba la publicidad; y el art. 1.º de nuestra ley es también inaplicable; no interviene ninguna acta en que conste el establecimiento de estos cargos; ni siquiera puede haber convención relativa a estos cargos, que son de interés público (art. 6). Debe todavía decirse de estas servidumbres legales, con la Comisión del Senado, que es evidente que no quedan sometidas á la transcripción.

80. El Código coloca entre las servidumbres legales las obligaciones á las que están sometidos los propietarios, uno para con el otro, independientemente de toda convención (art. 652). Además la ley (art. 1370) califica de cuasicontrato estos compromisos formados involuntariamente entre vecinos. En el título que es el sitio de la materia hemos dicho cuáles son los verdaderos principios que rigen estas pretendidas servidumbres legales ó estos pretendidos cuasicontratos. Por ahora preguntamos si estos cargos ó obligaciones dan lugar al registro. Hay que sentar como principio que si con ocasión de estos hechos jurídicos interviene una acta translativa de derechos reales inmobiliarios tienen que registrarse. Nuestra ley es general, no distingue entre los derechos, y el espíritu de la ley es también general; se necesitaría una disposición excepcional para substraer á la publicidad una acta translativa de propiedad inmobiliar. Así sucede con la medianería convencional. La cosa es evidente cuando la adquisición es voluntaria, puesto que es la venta de una copropiedad inmobiliar. Esto es también seguro cuando la adquisición de la medianería fué obligada; no por esto deja de ser verdad que se forma una convención y que hay una acta translativa de derechos reales inmobiliarios (tomo VII, núm. 522); luego esta acta debe ser registrada.

Con más razón pasa así cuando unos propietarios venden

ó dividen una herencia y reservan una parte accesoria para su uso común; por ejemplo, un camino, un pasadizo, un patio; este es el establecimiento de una copropiedad por convención. La Corte de Casación califica esta copropiedad de *servidumbre recíproca*; esto es confundir la propiedad con un desmembramiento de la misma. Además, bajo el punto de vista del registro poco importa que sea propiedad ó servidumbre: lo seguro es que el acta que la establece consta en una convención translativa de un derecho real inmobiliario; por tanto, debe registrarse (t. VII, núm. 162).

81. Nuevas leyes promulgadas en Francia y en Belgica han establecido servidumbres por interés de la agricultura: servidumbre de viaducto, servidumbre de curso de agua para el riego, servidumbre de drenaje para las inundaciones. Ya hemos dicho en otro lugar cómo se establecen estas servidumbres; (1) son legales en el sentido de que la ley las establece por interés general; los tribunales intervienen en ellas; hay, pues, actas que comprueban el establecimiento de una servidumbre; desde luego se está en los términos de la ley; estas actas deben ser registradas. (2)

Núm. 4. De la cesión de acciones inmobiliarias.

82. La cesión de una acción inmobiliar implica la translación de un derecho real inmobiliario, luego la necesidad del registro. En efecto, la acción es inseparable del derecho de que es el ejercicio; si la acción es inmobiliar es que tuvo que poner en posesión al que la tiene; un inmueble es un derecho real inmobiliario. Es esta propiedad ó este derecho lo que en realidad es el objeto de la cesión; la cesión de una acción inmobiliar sin la cesión del inmueble ó del derecho

1 Véase el t. VII de estos Principios, núms. 375 á 416.

2 Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 299, núms. 418 á 423. Aubry y Rau, t. III, p. 7, nota 2. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 314, números 117 y 118.

inmobiliar sería un contrasentido, puesto que la acción no es otra cosa que la persecución del derecho. Esto es decisivo en lo que se refiere al registro.

83. Tal es la cesión de la acción de reivindicación de un inmueble. El cesionario persigue su derecho en justicia y obtiene. ¿Cuál será la consecuencia de esto? Es que se volverá propietario del inmueble; ¿en virtud de qué acta? No es la sentencia, puesto que el juez sólo declara los derechos de las partes; declara, pues, que el cesionario es propietario del inmueble en virtud de la cesión que le fué hecha para reivindicar el inmueble. Es en este en el sentido que un adagio romano dice: *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Sin duda la acción puede no tener éxito y en este caso el cesionario no tendrá la propiedad de la cosa. Por esto es que otro adagio dice: *Minus est habere actionem quam rem*. ¿Quiere esto decir que haya una diferencia entre la cesión de la acción y la cesión del inmueble? Nó; si el cesionario pierde en su demanda es porque el cedente no era propietario del inmueble; y la misma cosa puede suceder en la venta del inmueble; el comprador no adquiriría su propiedad si el vendedor no era propietario; bajo el punto de vista de translación de propiedad no hay, pues, ninguna diferencia entre ceder un inmueble y ceder la acción de reivindicación de este inmueble. Esto es decir que la cesión de la acción debe transcribirse tanto como la venta de la cosa. (1)

84. Lo mismo sucede con la cesión de una acción de nulidad ó de rescisión de un contrato de propiedad inmobiliar. La venta que hice de un inmueble es rescindible por causa de lesión. Tengo una acción de rescisión en virtud de la cual puedo rehacerme de la propiedad del inmueble. Esto no es una reivindicación, pues debo ante todo pedir la rescisión de la venta, pero si la venta queda rescindida se la consi-

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 227, núm. 56.

derará como no haber existido nunca; por tanto, será considerado como haber sido siempre propietario del inmueble. De esto se sigue que si cedo la acción de rescisión cedo la misma cosa. Tan es así que el cesionario puede hipotecar el inmueble y la hipoteca será válida si la rescisión es pronunciada. El juez declarará que el cedente siempre fué propietario y que el cesionario lo ha sido en virtud del acta de cesión; luego esta acta es translativa de propiedad inmobiliar y, por tanto, debe transcribirse. (1)

85. ¿Qué debe decidirse de la acción de resolución de una venta inmobiliar? La cuestión está controvertida. Hay que distinguir. Si se trata de una condición resolutoria expresa operando la resolución de plano sin intervención del juez la cesión de la acción es, á decir verdad, la cesión del inmueble. En realidad la convención está mal calificada; no hay acción de resolución, puesto que la resolución no tiene que ser pedida en justicia; existe de pleno derecho por el acontecimiento de la condición resolutoria. Es, pues, la propiedad del inmueble la cedida ó, si se quiere, la acción de reivindicación. Pues aquel que promueve reivindicar; si el juez interviene es sólo para comprobar que la condición se cumplió ó para romper la resistencia de aquel cuyo derecho está resuelto. Siendo la cesión de la acción, en este caso, la cesión de la acción de reivindicación de un inmueble hay acta translativa de un derecho inmobiliario que debe ser registrado. Acerca de este punto no hay duda alguna. (2)

Se trata de una condición resolutoria tácita; la cuestión se hace dudosa. Vendo un inmueble sin condición alguna. El comprador no paga el precio. Tengo dos derechos: una acción por pago del precio garantizada por un privilegio y una acción de resolución de la venta. Cedo la acción de re-

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 30, nota 16. Aubry y Rau, t. II, página 290, nota 14, pfo. 209 y los autores citados.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 290, nota 14, pfo. 209.

solución de la venta. ¿Debe ser publicada esta cesión? Se enseña generalmente que no hay lugar á registro porque la cesión tiene por objeto un derecho de crédito y no un derecho real inmobiliario. (1) ¿No es esto confundir el derecho de precio con el derecho de resolución? La acción por pago del precio es seguramente mobiliario, puesto que tiende á procurar una suma de dinero; pero la acción de resolución de la venta es mobiliario, puesto que tiende á que se resuelva la venta, y si ésta está resuelta el vendedor y, por lo tanto, el cesionario estarán considerados como habiendo sido siempre propietarios, y la cesión de la acción habrá sido la cesión de la propiedad: ¿por qué había de exceptuarse esta cesión de la publicidad? Se objeta que el juez tiene que intervenir para pronunciar la resolución; puede no pronunciarla concediendo un plazo al comprador, y si el comprador paga dentro de este plazo la venta será mantenida. Luego la cesión de la acción resolutoria no conduce necesariamente á una translación de propiedad y en este sentido no es una acta translativa de derechos reales inmobiliarios. Esta objeción nos inclina á aceptar la opinión general.

86. La aplicación de estos principios suscita una dificultad nueva. Vendo un inmueble con facultad de rescate. ¿La cesión de mi derecho debe transcribirse? En nuestro concepto sí. La cláusula de rescate es una condición resolutoria estipulada por las partes contratantes, luego una condición expresa que opera de plano en virtud del contrato. Ceder el derecho de rescate es, pues, ceder un derecho en el inmueble mediante el cumplimiento de las condiciones de rescate. No es el juez quien pronuncia la resolución y no la puede impedir. Tiene lugar por la voluntad de las partes. Si el cesionario usa de su derecho de rescate será propietario á partir del acta de cesión como si hubiera comprado el

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 33, núm. 18. Aubry y Rau, t. II, página 303, nota 67, pfo. 209.

inmueble, y en realidad el inmueble es lo que compró. Hay, pues, translación de propiedad inmobiliaria y, por consiguiente, el acta que opera esta transmisión debe ser transcrita. Si se admite que la cesión del derecho de rescate no se debe transcribir resulta que se operará una transmisión de propiedad inmobiliaria en favor del cesionario, sin ninguna publicidad. Lo que es contrario al texto y al espíritu de la ley. (1)

Se objeta que el vendedor con facultad de rescate se despoja de todo derecho de propiedad y que sólo conserva un simple crédito contra el comprador. En la opinión que hemos enseñado el vendedor queda propietario bajo condición suspensiva, de donde se sigue que al ceder su derecho translada realmente una propiedad condicional al cesionario. Esta idea, se dice, es completamente inexacta; se niega que el vendedor conserve un derecho de propiedad, aun simplemente incondicional. (2) Nos parece que esto sería negar la evidencia. ¿Es que el vendedor no puede hipotecar el inmueble y esta hipoteca no será plenamente válida si ejerce el rescate? ¿Y en virtud de qué derecho concedería una hipoteca si no era propietario condicional? Nos trasladamos á lo dicho en el título *De la Venta* (t. XXIV, números 392-395).

Núm. 5. *De las sentencias.*

87. El art. 1º de la Ley Hipotecaria, después de haber sentado en principio que toda acta entre vivos translativa de derechos reales inmobiliarios debe ser transcrita, agrega: sucederá lo mismo con las sentencias pasadas en fuerza de cosa juzgada, tomando el lugar de convenciones ó de títulos

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 231, núms. 59 y 60. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 30; núms. 16 y 17. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 271, núms. 384 y 385.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 304, nota 68, pfo. 209. Rivière y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 80, núms. 109 y 110.

para la transmisión de sus derechos. ¿Cuáles son las sentencias que hacen de *convenciones* y cuáles las que hacen de *títulos*?

A primera vista no se concibe que una sentencia haga lugar de *convención*. Las sentencias son esencialmente declarativas; declaran, comprueban los derechos de las partes; no los crean. Solamente las convenciones engendran derechos; es, pues, la convención reconocida y sancionada por el juez la que debe ser transcripta, no la sentencia. Sin embargo, ciertas sentencias parecen tener lugar de contratos, que son los de adjudicación; hay casos en los que la venta se hace por la justicia; por lo mismo, con las formas judiciales, y, por consiguiente, es la sentencia la que tiene lugar de título; es decir, el *acta*; en cuanto á la venta misma es una convención, y no hay contrato sin concurso de consentimientos; y es evidente que no es el juez el que consiente, que vende ó que compra, sino las partes; el juez sólo presta su ministerio del mismo modo que el notario.

La ley belga de 15 de Agosto de 1854 ha vuelto á los verdaderos principios. La adjudicación se hace por un notario, en presencia del juez de paz, conforme á la ley de 12 de Junio de 1816, en el registro correspondiente depositado en la secretaría por el promotor. En los términos del art. 49 el título del adquirente se compone de un expediente con el proceso verbal de la adjudicación y sus cargos, siendo este título el que está obligado el adjudicatario á transcribir (art. 53). Sucede lo mismo con todas las ventas de inmuebles que se hacen por remate: el notario reemplaza el tribunal; no hay ya sentencia de adjudicación, hay una *acta* notariada y esta *acta* debe ser transcripta como toda *acta* translativa de derechos reales inmobiliarios. (1) Esta substitución del notario por el tribunal confirma lo que acabamos de decir del papel que el tribunal desempeñaba en la

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 59, núm. 37.

adjudicación bajo el imperio del antiguo Código de Procedimientos; funcionaba como notario y la sentencia hacía de *acta*. Luego no es exacto decir, como lo hace el art. 1.º de nuestra ley, que hay sentencias que tienen lugar de convenciones. Decimos que la nueva ley volvió á los verdaderos principios. La venta, aun cuando hecha á consecuencia de un embargo ú ordenada por la ley para que se haga en las formas judiciales, no deja por eso de ser un contrato, y los tribunales no tienen por misión recibir contratos; estas funciones son de jurisdicción voluntaria. En el derecho antiguo la jurisdicción voluntaria estaba confundida con la contenciosa; ya hemos visto un ejemplo notable en los *deberes de ley*. La revolución de 1789 separó las dos jurisdicciones; pero quedan aún en nuestras leyes los despojos de la antigua confusión; tal era la intervención de los tribunales en las adjudicaciones. La ley de 1854 volvió á los notarios una atribución que es esencialmente de su competencia.

88. ¿Cuáles son las sentencias que tienen lugar de *títulos*? La disposición del art. 1.º relativa á las sentencias no se encontraba en el proyecto de ley, fué introducida por un código, primero desechado por la Cámara de Representantes, después tomado en consideración por la Comisión del Senado y adoptado por ambas Cámaras; el código dió lugar á una confusa discusión. (1) Es inútil renovar la discusión, puesto que se está de acuerdo en el sentido de la ley. Nos limitamos á transcribir la explicación dada por M. Jullien, autor del código: «Se hace una venta verbalmente. El vendedor se niega á reconocer la existencia de la venta. Esta negativa pone al comprador en la necesidad de llevar al vendedor ante la justicia con el fin de que reconozca la existencia de la convención. Si el comprador obtiene una sentencia que reconozca la existencia de la venta *esta sen-*

1 Parent, ps. 216 y siguientes (sesión de 31 de Enero de 1851).

tencia tendrá lugar de la convención misma. Es evidente que debe ser transcripta en el espíritu del proyecto, puesto que reemplaza el contrato mismo translativo de la propiedad.

El lenguaje es inexacto aunque la idea sea justa. En la práctica se confunde muy amenudo el contrato y el acta que lo comprueba. El orador, que era abogado, habló como un práctico. Pero la redacción de ley debe ser precisa. En la especie es cierto que la sentencia no reemplaza la convención. ¿Qué es lo que pide el comprador? Pretende que hay una venta y que el vendedor se niega á ejecutarla, concluyendo que el juez decide que hay venta y que obligue por las vías de derecho á que la ejecute el vendedor.

Como siempre la convención ha precedido á la sentencia el juez no forma la convención, comprueba que se ha formado por el concurso de consentimientos de las partes y obliga á la que se niega á cumplir sus compromisos. ¿Qué cosa es, pues, la sentencia? La prueba auténtica de la venta reemplaza el acta notariada, siendo por este motivo por lo que la ley prescribe su publicidad. La ley francesa de 1855 ha reproducido este principio, formulándolo en términos más claros; ordena la trascrición de toda sentencia que declare la existencia de una convención verbal translativa de propiedad inmobiliar ó de derechos reales inmobiliarios.

89. Aun hay otras sentencias que se deben hacer públicas. El art. 1.º, que exige la transcripción de las sentencias que hacen de título, se aplica á las actas declarativas de propiedad tanto como á las translativas. Volveremos á este punto al tratar de la publicidad de las actas declarativas de propiedad.

En los términos del art. 3 de la Ley Hipotecaria las sentencias pronunciadas sobre las demandas de anulación ó revocación de derechos que resultan de actas sometidas á la transcripción deben hacerse públicas; pero la publicidad

no consiste en la transcripción, se hace por vía de inscripción, como lo diremos más adelante.

90. Las sentencias pronunciadas en materia de expropiación por causa de utilidad pública deben ser transcriptas en virtud de la Ley Hipotecaria. La cuestión está controvertida; sin embargo, la doctrina tiende á pronunciarse por la negativa. Esta opinión ha sido muy bien discutida en Bélgica por Martou (1) y en Francia por Aubry y Rau. (2) En nuestro concepto no hay duda. La expropiación por causa de utilidad pública es un acto de una naturaleza enteramente especial. No es una acta translativa de propiedad en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria. En efecto, la ley entiende por esto una convención que transfiere la propiedad de la persona del vendedor á la del acreedor. Y cuando un inmueble está expropiado la propiedad de dicho inmueble, tal como la tenía el propietario expropiado, no pasa al Estado; el inmueble está, al contrario, puesto fuera del comercio por el nuevo destino que recibe; deja, pues, de ser objeto de un verdadero derecho de propiedad para hacerse parte del dominio público inenajenable é imprescriptible.

Siendo el objeto de la expropiación tan diferente del de una enajenación ordinaria se concibe que los medios de alcanzar el objeto deben igualmente diferir. Tal es la razón del procedimiento enteramente especial que se sigue en materia de expropiación. La ley de 17 de Abril de 1835 ordena la transcripción de la sentencia porque se decide que las formalidades prescriptas por la ley para comprobar la utilidad pública han sido llenadas. Pero el objeto de este registro es muy diferente del de la transcripción ordenada

1 Martou, Comentario de la ley de 1851, t. I, p. 59, núm. 38. Cloes, Comentario de la ley de 1851, t. I, p. 21, núms. 36 á 40. En sentido contrario, Casier, Estudios sobre la Ley Hipotecaria, núm. 14, p. 32.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 297, nota 42, pfo. 209 y los autores en sentido diverso que citan.

por la Ley Hipotecaria. La transcripción del derecho común tiene por objeto hacer pública la situación inmobiliar de los propietarios; en la expropiación por causa de utilidad pública el adquirente está fuera de causa, es el Estado, y este no es propietario. En cuanto al propietario expropiado sólo está interesado en cuanto á los derechos que gravan la cosa, y estos derechos no pueden ya ejercerse en el inmueble desde el momento que entró en el dominio del Estado; esta es una nueva derogación del derecho común, consecuencia necesaria de la expropiación. El propietario está privado de la cosa por interés público, pero esto es mediante indemnización; debe suceder lo mismo con los acreedores privilegiados é hipotecarios; si pierden su derecho en el inmueble lo conservan en la indemnización, conformándose á la ley; deben tomar inscripción en un plazo breve, bajo pena de decaimiento. (arts. 20 y 21 de la ley de 17 de Abril de 1835).

Derogando el derecho común en interés público la ley especial acerca de la expropiación es imposible admitir que la Ley Hipotecaria que establece el derecho común abroga las disposiciones excepcionales de la ley de 1835: la excepción fundada en motivos especiales de interés público debe subsistir en presencia de una ley general que sólo reemplaza el derecho común del Código Civil, porque las razones por las que la ley de 1835 ha derogado el derecho común subsisten son inherentes á la expropiación. Esto es decir que la ley acerca de la expropiación es independiente de las modificaciones que puede sufrir el derecho común; es permanente, como lo es el interés social que la hizo promulgar.

91. La expropiación se hace amenudo sin sentencia, por vía de cesión amigable. ¿Se pregunta si estas convenciones están sometidas al registro ó si se deben aplicar por analogía los principios que acabamos de exponer? La cuestión está controvertida. Según la legislación francesa estos tratos se

publican del mismo modo que las sentencias de expropiación, tienen los mismos efectos; se deben, pues, aplicar los mismos principios. La legislación belga no establece esta asimilación; resulta de esto que los contratos intervenidos entre el Estado y los propietarios permanecen bajo el imperio del derecho común; nos parece imposible admitir una excepción que no estuviese fundada más que en el espíritu de la ley. Los autores franceses enseñan también que si las formalidades prescriptas por las leyes acerca de la expropiación por cesiones amigables no han sido cumplidas la ley acerca de la transcripción debe recibir su aplicación. (1)

Hay, sin embargo, una sentencia que aplicar por analogía en materia de alineamiento: los principios que rigen la expropiación por causa de utilidad pública. Este es el caso. El propietario de un terreno inculto junto á la vía pública pide el alineamiento para levantar una construcción. A consecuencia del alineamiento una parte del terreno de 216 metros cuadrados debía ser reunida á la calle. La indemnización fué fijada por el jurado de expropiación en una suma de 3,613 francos. El propietario consintió una hipoteca en las construcciones, luego cayó en quiebra. En la orden abierta el acreedor hipotecario pidió ser pagado de preferencia en la indemnización debida al deudor; el síndico se opuso, en nombre de la masa, que la hipoteca era nula por haber sido consentida posteriormente á la expropiación. Entonces surgió la cuestión de saber si la cesión de los terrenos debía ser registrada para que pudiera oponerse á los terceros. La Corte de Riom decidió que no había lugar á la transcripción. En principio la Corte tiene razón en decidir que las leyes de expropiación son especiales y que no las derogan las leyes generales acerca de la transcripción. (2) Pero la difi-

1 Aubry y Rau, t. II, ps. 298 y siguientes, notas 44 y 45 y los autores citados.

2 Riom, 20 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1867, 2, 159).

cultad está en saber si, en el caso, las leyes de expropiación eran aplicables. ¿No es extenderlas el aplicarlas á una cesión tácita sin contrato terminante? Por lo mismo de que no se estaba en la excepción se permanecía bajo el imperio de la regla.

Núm. 6. De las renunciaciones.

92. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria somete también á la publicidad las actas de renuncia á derechos reales inmobiliarios; lo que en el lenguaje de la ley se aplica á la propiedad inmobiliar y á los desmembramientos de la propiedad. Según el informe de la comisión especial se podría creer que se trata sólo de la renuncia á un derecho real desmembrado de la propiedad. Hé aquí lo que dice: «El principio de la publicidad se aplica con igual fuerza á todas las concesiones de usufructo, de derecho de uso, de derecho de superficie ó de derecho enfitéutico, así como á la renuncia de estos derechos.» La disposición no dió lugar á ninguna discusión. Que se aplique á la renuncia que tiene por objeto un derecho real esto es de evidencia, y esta aplicación nos da también á conocer el espíritu de la ley y el carácter que la renuncia debe tener para que deba registrarse. Tengo un derecho de usufructo en un inmueble; lo renuncio. ¿Cuál es el objeto y cuál el efecto de esta renuncia? El usufructo estaba desmembrado de la propiedad; por efecto de mi renuncia vuelve al nudo propietario; el derecho de propiedad cesa con esto de estar desmembrado y se vuelve entero, absoluto. El nudo propietario adquiere, pues, un derecho al que yo renuncié, y lo adquiere por el hecho de mi renuncia. Luego el acto por el que renuncio al usufructo equivale al acto por el que abduco el usufructo en favor del nudo propietario; esto es una transmisión de un derecho real inmobiliario y, por tanto, debe registrarse.

Síguese de esto que toda renuncia no está sometida á la

transcripción; si la renuncia al usufructo debe hacerse pública es porque implica una mutación inmobiliar; un derecho inmobiliario pasa de la persona del usufructuario á la del nudo propietario. Cuando la renuncia no opera mutación no hay lugar á la transcripción. Tal sería la renuncia á una sucesión puramente inmobiliar ó á un legado inmobiliario; por ejemplo: el legado de todos los inmuebles. Esta renuncia no implica una mutación; en efecto, para transmitir un derecho aquel que renuncia tendría que tenerlo en su patrimonio; y la renuncia tiene precisamente este efecto: que el heredero ó el legatario que renuncia se considera no haber sido nunca heredero ni legatario; nunca tuvo, pues, un derecho en la herencia ni en la cosa legada; por consiguiente, no la puede transmitir. Poco importa que la renuncia aproveche á aquellos que recogen la sucesión ó el legado por culpa del renunciante; les aprovecha sin que pueda decirse que su derecho procede del renunciante; les viene de la ley ó del testador, no lo adquieren por vía de translación; desde luego no puede tratarse de transcripción, puesto que existe acta translativa de un derecho real inmobiliario. (1)

93. Para que esté sometida á la transcripción la renuncia debe, pues, tener por objeto y por efecto transmitir un derecho real inmobiliario á aquel en provecho del que la renuncia se hizo. Tal es la renuncia del usufructuario. No puede decirse de él, como del heredero ó del legatario, que al renunciar se le considera no haber tenido nunca el usufructo. Este estuvo en su patrimonio; sale de él, por su renuncia, para entrar en el patrimonio del nudo propietario. Esta es una transmisión; luego hay una acta translativa del derecho real inmobiliario, la cual debe ser transcripta. (2)

La disposición del art. 1.º es aplicable á toda renuncia

¹ Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. II, ps. 301 y siguientes, nota 57 y 58.

² Véase una aplicación en una sentencia de Bruselas de 28 de Octubre de 1875 (Pasirisaia, 1876, 2, 39).

que implica una mutación inmobiliar, luego á la renuncia que versa en la propiedad de un inmueble, tanto como á la renuncia que tiene por objeto un desmembramiento de la propiedad. ¿Se dirá que es extender la ley de transcripción y que es de principio que ésta no debe hacerse más que en los casos determinados por la ley? Contestaremos que el texto no es restrictivo como lo es el informe de la comisión especial; se refiere á los *derechos* de los que se trata en el primer inciso, y los derechos reales inmobiliarios de que habla la ley comprenden ante todo la propiedad inmobiliar. El principio de las renunciaciones es, pues, general; desde que resulta una transmisión sujeta al registro el acta de renuncia debe igualmente publicarse por la misma vía.

94. En el título *De las Servidumbres* el Código prevee renunciaciones que, según el principio que acabamos de establecer, deben ser registradas. El art. 656 dice: "Todo copropietario de una pared medianera puede dispensarse de contribuir á las reposiciones y construcciones abandonando la medianidad." Este abandono no es una simple abdicación de un derecho, implica una transmisión; en efecto, el copropietario que abandona deja de ser propietario; la pared ya no es medianera, se vuelve propiedad exclusiva del otro copropietario; hay, pues, una translación hecha por uno de los copropietarios en favor del otro (t. VII, núm. 550), lo que necesita una transcripción.

El art. 699 contiene una disposición análoga: "En el mismo caso en que el propietario del fundo tiene cargo de hacer á sus costas las obras necesarias para el uso ó conservación de la servidumbre siempre puede libertarse del cargo abandonando el fundo sujeto al propietario del fundo al que se debe la servidumbre." Aquí el texto es terminante; hay abandono de la propiedad de un fundo por el propietario á su vecino para descargarse del gasto de las obras necesarias para el ejercicio de una servidumbre. Siendo el abandono

translativo hay lugar á registrar el acta de abandono en virtud del art. 1^o de la Ley Hipotecaria. (1)

95. ¿Está sujeta al registro la renuncia á una servidumbre? Cuando resulta de la falta de uso durante treinta años (art. 706) la negativa es segura, puesto que no hay acta que pueda registrarse. Si la renuncia se hace por convenio el art. 1^o de la Ley Hipotecaria es aplicable; en efecto, hay una acta á título gratuito ó á título oneroso translativa de un derecho real inmobiliario. La propiedad que se hallaba desmembrada se convierte en plena y entera; hay, pues, una mutación inmobiliar, lo que decide la cuestión de registro. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así en el caso siguiente: Una municipalidad usuaria abandonó su derecho de uso á un propietario mediante el pago de una suma de dinero. Este abandono era en realidad una cesión de derechos por la que la municipalidad, por una parte, dejaba de ser usuaria; pero su renuncia no está puramente extintiva, pues, por otra parte, la propiedad del dueño del bosque se consolidaba; es decir, que adquiría la plena propiedad, mientras que hasta entonces sólo tenía una propiedad desmembrada. El carácter translativo del abandono sería evidente si se hiciera en favor de un tercero, puesto que sería la venta de un derecho real inmobiliario; y la naturaleza del acta permanezca la misma, ya sea que el abandono se haga al propietario ó á un tercero; luego en toda hipótesis hay transmisión de un derecho real inmobiliario; por tanto, el acta debe ser transcripta. (2)

96. Los privilegios é hipotecas se extinguen por la renuncia del acreedor (art. 2180 y Ley Hipotecaria, art. 108). Esta extinción es á la vez una consolidación de la propiedad que deja de ser desmembrada. ¿Debe concluirse de esto

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 334, núm. 126. Compárese el t. XIII de estos *Principios*, núm. 246.

2 Casación, 29 de Marzo de 1867 (*Pasicrisis*, 1867, 1, 265).

que la renuncia debe ser registrada? La negativa resulta del texto de la ley; ésta somete al registro la renuncia á los derechos que, según el primer inciso, deben ser transcritos. Y los privilegios é hipotecas están terminantemente exceptuados de la transcripción; luego la renuncia á estos derechos no cae bajo la aplicación de la ley. (1)

Los privilegios é hipotecas están sometidos á un régimen especial que garantiza suficientemente los intereses de los terceros sin que sea necesario transcribir las actas de renuncia. Si el acreedor renuncia á su derecho hipotecario en favor del deudor la hipoteca queda extinguida aunque la inscripción subsista. Esto podría inducir en error á los terceros; para que no se encuentren en el caso de comprar un crédito que estaba garantizado por una hipoteca cuando ésta quedó extinguida por una renuncia la ley da al cesionario una acción de declaración de hipoteca (art. 6); á la que volveremos. La renuncia á la hipoteca puede también tener lugar en favor de un tercero; si esto sucede á consecuencia de la cesión del crédito privilegiado ó hipotecario la ley prescribe la publicidad de la cesión por vía de inscripción, como lo diremos más adelante. (2)

97. ¿La renuncia á una sucesión debe registrarse? Si se hace antes de la aceptación de la herencia es el ejercicio del derecho hereditario; no transmite ningún derecho á los que la aprovechan, puesto que el heredero renunciante se considera no haber sido nunca heredero (núm. 92). Cuando la renuncia se hace después de la aceptación de la herencia, estando el derecho del heredero definitivamente adquirido cuando la renuncia, el acta por la que hace la renuncia transmite este derecho á la parte en favor de quien la hace; es, pues, una acta translativa de propiedad; por lo tanto, sujeta á transcripción si la sucesión es inmobiliar. Puede tam-

1 Delebecque, *Comentario legislativo de la ley de 1851*, p. 41, núm. 34.
2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 61, núm. 39.

bién suceder que la renuncia hecha antes de la aceptación deberá ser registrada; esto es cuando esta renuncia implica á la vez aceptación de la sucesión y transmisión de los derechos hereditarios. Uno de los herederos renuncia á la herencia á título oneroso; esta es una cesión de sus derechos hereditarios por la que el sucesible acepta, puesto que no puede ceder sus derechos hereditarios más que si aceptó, y los transmite al mismo tiempo al cesionario. Lo mismo fuera si la renuncia se hiciera á título gratuito en provecho de algunos de los herederos; esto también sería una aceptación y una transmisión de derechos hereditarios por donación, (1) Sólo aplicamos en esto los principios ya sentados en el título *De las Sucesiones*.

98. Se puede renunciar á la prescripción adquirida (artículo 2220): ¿debe registrarse el acta de renuncia? Nó, pues la prescripción, aun adquisitiva, sólo es una excepción; no tiene ningún efecto si aquel contra quien se reivindica un fundo no la opone. ¿Qué es, pues, renunciar á la prescripción?

No es reivindicar la propiedad ni transmitirla, pues el que renuncia no es todavía propietario, sólo reconoce el derecho del verdadero propietario; lo que excluye toda idea de transcripción. (2)

Hay, sin embargo, un caso en el que la renuncia á la prescripción es una acta translativa de propiedad y, como tal, sujeta al registro. En una acción por reivindicación intentada contra un poseedor de una herencia éste opone la prescripción. Una sentencia pasada en fuerza de las cosas admite la prescripción y decide, en consecuencia, que el poseedor es propietario. Si después de esto el poseedor renuncia á la prescripción abdica una propiedad definitiva-

1 Aabry y Rau, t. II, ps. 293 y siguientes, nota 28, pfo. 209.
2 Rivière y Huguet, *Questions sobre la transcripción*, p. 65, núm. 83. Flan-
dín, *De la transcripción*, t. I, p. 325, núm. 459.

mente adquirida y la transmite á aquel en favor del que renuncia; lo que hace necesario el registro. (1)

99. La renuncia á un derecho real inmobiliario puede ser verbal y contestada. Si el juez la admite ¿tendrá que transcribirse la sentencia? Esta es la misma cuestión que la que hemos examinado para las sentencias que comprueban una acta declarativa de propiedad. El texto no prevee la dificultad, y á decir verdad no la hay. Aunque la ley no hubiera hablado de las renunciaciones se habría debido someterlas á la transcripción en virtud de la regla general que ordena la transcripción de toda acta translativa de propiedad inmobiliar. Conforme á este principio la renuncia debe ser transcripta cuando contiene una transmisión de propiedad. Si se hace verbalmente la transcripción es imposible, puesto que no hay nada que transcribir. Pero esta imposibilidad cesa desde el momento en que el juez ha comprobado la existencia de la renuncia; hay entonces una acta auténtica que establece una transmisión de propiedad inmobiliar; luego há lugar á la transcripción. (2)

100. Queda una dificultad que se refiere á la materia de renunciaciones. Se pregunta si la confirmación de una acta translativa de propiedad inmobiliar debe ser transcripta. La negativa es cierta. Es verdad que la confirmación implica una renuncia, pero toda renuncia no está sujeta á la transcripción; sólo la renuncia translativa de propiedad es la que debe hacerse pública, y el que confirma una acta nula simplemente renuncia el derecho que tenía de promover en nulidad, desvanece un vicio de que adolecía el acta y que la hacía nula, no transfiere ningún derecho á la parte con la que ha contratado. Luego no hay nueva transmisión de la propiedad, siempre es el antiguo contrato el que subsiste, purgado del vicio que lo anulaba. De aquí el principio de

1 Aubry y Rau, t. II, p. 294, nota 30, pfo. 209 y los autores citados.

2 Cassier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 30, núm. 13.

que la confirmación retrotrae; lo que prueba que nada nuevo hay en el acta confirmativa, luego ninguna transmisión de propiedad; por tanto, no há lugar á la transcripción. (1)

Troplong sienta muy bien el principio, pero lo aplica muy mal después al decir que el acta confirmativa de una donación nula en la forma no debe ser transcripta. Olvida el art. 1339, según el cual una donación nula en la forma no puede ser confirmada, porque la donación es inexistente ó nula de pleno derecho, y no se confirma la nada. Siendo nula el acta confirmativa está por demás decir que no se debe transcribir. Si bajo el nombre de acta confirmativa el donante había hecho una nueva donación debería ser transcripta; pero no habría aquí una confirmación, habría un nuevo contrato, válido solamente á partir del momento en que todas las formas prescriptas para las donaciones hubieran sido llenadas. No sucede lo mismo con los herederos del donante; la ley les permite confirmar la donación; por consiguiente, el acta confirmativa no puede ser transcripta. (2)

Mourlón cometió otro error; admitía el principio que acabamos de recordar cuando una acta es nula por causa de incapacidad, la deshecha cuando la convención es nula por vicio de consentimiento. La distinción es puramente arbitraria; es igualmente inútil refutarla porque es contraria al texto y al espíritu de la ley. (3) La obra de Mourlón y los demás tratados que han sido publicados sobre la transcripción casi inmediatamente después de la publicación de la ley francesa sobre la transcripción se han hecho con premura; de aquí la negligencia y los errores que se hallan en

1 Troplong, *De la confirmación*, p. 261, núm. 97.

2 Aubry y Rau (t. II, p. 301, nota 55, pfo. 209) supone que el eminente magistrat entendió hablar de los herederos. No es nada, Troplong habla del donante.

3 Véase la refutación en Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 331, números 468 á 470. Mourlón, t. I, p. 335, núm. 126.

ellos. Si lo hacemos notar es para prevenir á nuestros jóvenes lectores contra las publicaciones hechas violentamente y para hacerlos que maduren sus ideas antes de escribirlas. ¡Pero que Dios nos guarde de querer elevarnos más alto que nuestros antecesores! Tuvieron el gran mérito de abrir el camino; es fácil para los últimos que lleguen á corregir la obra.

Núm. 7. De los actos declarativos de derechos reales inmobiliarios.

101. Nuestra Ley Hipotecaria somete á la transcripción las *actas declarativas* de derechos reales inmobiliarios; es decir, las particiones que en derecho francés son declarativas y no translativas de propiedad (art. 823). En nuestras costumbres de investidura las particiones estaban dispensadas de los deberes de ley, lo que parece muy lógico; en efecto, los copartícipes no se hacen propietarios en virtud del acta de partición, ésta sólo declara que los bienes puestos en los lotes de los copartícipes les pertenecen desde la apertura de la herencia; son propietarios en virtud de la ley que los pone en posesión de los bienes del difunto ó en virtud de la voluntad del testador. ¿Para qué publicar una acta que es extraña á la transmisión de los bienes hereditarios? El legislador francés sólo sometió á la transcripción las actas translativas de propiedad. Sin embargo, este principio no era el de los varios proyectos que precedieron á la ley de 1855, ni el del proyecto de ley que el Gobierno presentó al Cuerpo Legislativo de 1855. Estas modificaciones, llevadas á proyectos cuidadosamente elaborados, prueban que hay una duda; el legislador belga la zanjó en favor de la publicidad. Vamos desde luego á exponer los motivos que se dieron para justificar la publicidad de las particiones y después expondremos las objeciones que se han hecho en

Francia contra esta extensión del principio de la publicidad.

Se lee en el informe de la comisión especial que preparó el proyecto de ley acerca del régimen hipotecario: «Las actas de partición son simplemente declarativas, según una ficción de la ley civil. Sin embargo, en la realidad de las cosas estas actas producen en la posesión de los copartícipes un cambio que interesa á los terceros. Propietarios, antes de la partición, de una parte indivisa, de la que son dueños de disponer, sus derechos, por el hecho del reparto, se limitan á ciertos bienes que el acta determina. Importa desde luego impedir las cesiones fraudulentas que pudieran hacer los herederos de su parte indivisa en la sucesión, cuando estos derechos estarían ya limitados por una partición anterior.»

Estas consideraciones justifican la ley belga. ¿Por qué reemplazó el legislador la clandestinidad romana por la publicidad tomada de las costumbres de investidura? Por interés de los terceros. Y los terceros están interesados en conocer todos los elementos de la situación mobiliar de aquel con quien tratan. Si contratan con un heredero deben saber no sólo que sucedió al difunto de derecho pleno y en virtud de la ley, tienen que saber cuáles bienes recogieron. El hecho de la sucesión no es público, pero la publicidad de la partición llena este vacío en este sentido: que desde que hay varios herederos debe necesariamente haber partición, y si los coherederos quieren que la partición pueda oponerse á los terceros tienen que registrarla. ¿Se preguntará cuál es este interés de los terceros y cómo se les puede engañar? El informe de la comisión especial que acabamos de transcribir contesta á la pregunta y el Relator de la Comisión del Senado, M. de Anethán, completa la respuesta. Mientras que la partición no tiene lugar los coherederos pueden vender su parte indivisa en los objetos hereditarios; mien-

tras que después de la partición sólo pueden disponer de los bienes comprendidos en sus lotes. Si la partición no se hiciera pública los terceros podrían tratar con los herederos como si aun se encontraran en estado de indivisión, y quedarían perjudicados si los herederos pudieran oponerles una partición clandestina. La publicidad de la partición impide el fraude; mientras que la partición no está registrada se la considera como no existente en relación con los terceros; éstos pueden, pues, comprar con toda seguridad una parte indivisa; esta acta será válida en este sentido: que el comprador tendrá derecho á la cosa si está puesta en el lote de su vendedor; tiene, pues, el derecho de provocar una nueva partición, en la que podrá intervenir para resguardar sus intereses.

102. Esto contesta á una objeción del Relator de la Asamblea Legislativa. Aquellos, dice, que contratan con un coheredero antes de la partición saben perfectamente que los derechos que tienen por él son condicionales y dependiente del acontecimiento de la partición; y los que contratan después de la partición tienen el cuidado de hacerse representar en el acta. (1) Sin duda, pero si el heredero con el que tratan les dice que no hay partición serán engañados; es necesario, en materia de transcripción, suponer la mala fe, puesto que no tiene más objeto que el de poner á los terceros al abrigo del fraude. Es la publicidad sola la que enseña á los terceros que existe una partición; y si esta partición no fué publicada no tienen para qué inquietarse de ello, puesto que la partición clandestina no puede serles opuesta. Se ha hecho una objeción especiosa. El Relator de la ley francesa de 1855, M. De Belleyne, dice en su informe: «En nuestro derecho la partición es declarativa y notranslativa de propiedad; si este carácter es una ficción de la ley esta ficción no por serlo deja de ser la base de las reglas y de los efectos de

1 Vatismesnil, Informe (Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 18, núm. 21).

la partición, y cambiarla sería llevar la confusión á las disposiciones del Código Napoleón. (1) ¿Es verdad que la ley belga al prescribir la transcripción de la partición deroga el principio del art. 883? La comisión especial que propuso este sistema dice todo lo contrario é importa hacerlo constar para que no se dé á la transcripción de la partición una significación que los autores de la ley no han entendido darle. «La comisión propuso someter á la publicidad las actas de partición sin amenazar por esto el principio del art. 883 que interesa conservar para evitar los graves inconvenientes que resultan del principio contrario, admitido por el derecho romano.» ¿Cómo se concilia la publicidad con el efecto declarativo de la partición? La comisión contesta: «Las particiones no podrán ser opuestas á los terceros más que después de haber sido transcritas, pero una vez transcritas retrotraen al día de la apertura de la sucesión; de modo que los herederos estarán considerados como haber sucedido solos é inmediatamente á todos los efectos comprendidos en sus lotes.»

Se ha dicho todavía que la transcripción es inútil, que los derechos de los terceros acreedores son suficientes garantías para el derecho que el Código les concede para hacer oposición á la partición y, por consecuencia, intervenir en ella. Contestaremos con la Comisión del Senado que una de esas garantías no impide la otra. Los terceros harían mal en descansar sobre la formalidad de la transcripción, puesto que la publicidad no evita el fraude; deben, pues, tener cuidado de hacer la oposición y vigilar sus derechos asistiendo á las operaciones de la partición. Supongamos que un tercero sea cesionario del derecho indiviso de un heredero en un inmueble de la herencia; debe formar la oposición con el fin de que no se proceda á la partición sin

1 De Belleyne, Informe [Troplong, *De la transcripción*, p. 43]

su presencia; si en menosprecio de su oposición los herederos hacen la oposición y la transcriben el acreedor opositor podrá atacarla como hecha en fraude de sus derechos. Este derecho no hace inútil la publicidad de la división; en efecto, es por los registros del conservador como los terceros conocerán si hay ó no partición y si, en consecuencia, pueden comprar una parte indivisa en una cosa hereditaria.

103. ¿Qué particiones están sometidas á la transcripción? La comisión especial dice: los *actos* de división y los *actos* equivalentes á ella. Se necesita una *acta* para que pueda haber transcripción. La partición verbal no puede ser transcrita; por consiguiente, las partes no pueden oponerla á los terceros. ¿Qué se debe decidir si una de las partes niega la partición verbal y que el juez decida que la partición ha tenido lugar? ¿Se deberá transcribir la sentencia? El texto de la ley no somete á la transcripción más que las sentencias que tienen lugar de convención ó de títulos para la *transmisión* de los derechos reales inmobiliarios: ¿se debe deducir que sentencias que comprueban la existencia de una convención *declarativa* de derechos reales inmobiliarios no deben ser transcritas? Nó; es verdad que la transcripción no se debe hacer más que con las *actas* para las que la ley exige esta formalidad y no la ordena para las sentencias que comprueban una partición verbal; lo que parece decisivo. Sin embargo, no es así. Ya hemos hecho la observación al hablar de las sentencias que comprueban una renuncia verbal; la publicidad de las *actas* y sentencias relativas á las renunciaciones sólo es una consecuencia ó una aplicación de la regla fundamental sentada por el primer inciso. Toda mutación inmobiliaria y toda partición inmobiliaria deben ser transcritas desde que son comprobadas por una *acta*; y la sentencia tiene lugar de *acta* cuando la convención no ha sido comprobada por una *acta*; luego la sentencia debe también ser transcrita. Esto parecía tan evidente que el proyecto no hacía mención de las senten-

cias; y cuando un miembro de la Cámara propuso mencionarla en el texto el relator de la comisión respondió que sería inútil, puesto que las sentencias estaban comprendidas en la regla. En principio esto es verdad; pero el lenguaje jurídico no califica las sentencias de *actas entre vivos á título oneroso*; hubiera valido más mencionar las sentencias. Sólomente el legislador habría debido formular la disposición de manera que comprendiese los actos declarativos tanto como los actos translativos. La redacción es incompleta, pero el espíritu de la ley no deja ninguna duda. (1)

104. Toda partición debe ser transcrita; así, pues, no sólo las particiones de las sucesiones *ab intestato*, testamentarias y contractuales sino también las particiones de comunidades y sociedades; el texto de la ley es aplicable, lo que es decisivo. La comisión del Senado agregó: ó los actos equivalentes á particiones. ¿Cuáles son estos actos? La cuestión da lugar á grandes dificultades; ya las expusimos en el título *De las Sucesiones*.

Hay una partición de una naturaleza del todo especial: la partición de ascendientes. ¿Debe ser transcrita? Es necesario distinguir. Las particiones de ascendientes pueden hacerse por *actas entre vivos* ó testamentarias; el artículo 1076 agrega: «con las formalidades, condiciones y reglas prescritas para las donaciones entre vivos y testamentos.» Se concluye de aquí que la partición-donación debe ser transcrita; en efecto, el Código ordena la transcripción de las donaciones inmobiliarias; luego las particiones hechas bajo esta forma deben también ser transcritas. En cuanto á la partición-testamento se enseña que no se debe transcribir porque las *actas á causa de muerte* no están sometidas á la transcripción. Esto nos parece dudoso. Las particiones de ascendientes tienen un doble carácter con el de *actas*

1 Casier. *Estudios sobre la ley de 1851*, p. 30, núm. 13. Martou, *Comentarios de la Ley Hipotecaria*, t. I, p. 58, núm. 36.

translativas de propiedad; están regidas por el derecho común y, por tanto, no deben ser transcriptas cuando se hacen por testamento; son también actas de partición, de donde toman su nombre. Y como tales caen bajo la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria; son actas declarativas de propiedad (t. XV, núm. 82) y á este título sujetas á la transcripción. Se objeta que las particiones testamentarias, siendo actas de última voluntad, no está uno obligado á transcribirlas, puesto que las disposiciones testamentarias están exceptuadas de esta formalidad. (1) La objeción no toma en consideración el doble carácter de las particiones de ascendientes; ¿á qué título los testamentos están exceptuados de la transcripción? Como actas de disposición; el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria es terminante en este respecto, pero las particiones de una sucesión testamentaria están sometidas á la transcripción, como toda partición: y la partición de ascendiente reemplaza la que hicieron los hijos, luego debe ser transcripta, como toda partición. Que no se argumente sobre la aparente anomalía de esta decisión. Hay mucho más en esta materia tan difícil, y teniendo todas el doble carácter de partición de ascendientes no se les puede suprimir uno de sus caracteres, se debe tenerlos en cuenta; hé aquí por qué una sola y misma acta, exceptuada de la publicidad como acta por causa de muerte, está, sin embargo, sometida á ella como acta declarativa de propiedad inmobiliar.

105. La transcripción de particiones levanta otras dificultades en las que el legislador no pensó cuando colocó en la misma línea las actas translativas y las declarativas de propiedad. Volveremos á este punto al tratar de la conservación de los privilegios.

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 43, núm. 23.

Núm. 8. De las actas de resolución voluntaria.

106. La Ley Hipotecaria somete á la publicidad por vía de inscripción las sentencias pronunciadas sobre demandas de nulidad ó de revocación de una acta translativa de propiedad inmobiliar (art. 3). Más adelante hablaremos de esta publicidad especial. El Código no dice nada de la resolución voluntaria que se hace por vía de convención, sin la intervención de la justicia. ¿Debe concluirse de esto que estas actas no deben registrarse? Se podría creerlo ateniéndose al principio que domina la materia: es que sólo hay lugar á transcripción en virtud de una disposición de la ley (núm. 31). Esto sería razonar mal. Sin duda que se necesita un texto para que una acta deba ser transcripta, pero cuando hay un texto que establece una regla general esta regla debe recibir su aplicación en todos los casos que entran en ella. Este es el verdadero principio. Y el art. 1.º de la Ley Hipotecaria dice en términos generales que todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios deben ser registradas; luego la transcripción está requerida para toda convención que contiene una translación de propiedad. Al intérprete toca aplicar la regla. La única cosa que haya que hacer es examinar si el acta es translativa de propiedad inmobiliar; si lo es el acta debe ser transcripta. Debemos, pues, ver cuál es el carácter y cuáles los efectos de una resolución voluntaria de un contrato translativo de propiedad.

La convención translativa de propiedad opera sus efectos por sólo la voluntad de las partes contratantes aunque no hubiera ninguna tradición y que el precio no estuviese pagado, si se trata de unaventa. Esto es la innovación consagrada por el art. 1138. Cuando vendo un inmueble la propiedad está transferida al comprador desde que la venta está perfeccionada. Si después de esto convengo con el comprador que esta venta será resuelta ¿cuál será el efecto

de este convenio? Había dejado de ser propietario, el inmueble había entrado en el patrimonio del comprador. Si convenimos en resolver la venta esto es con el objeto de que vuelva á la propiedad de la cosa vendida. Y esto sólo puede hacerse en virtud de una nueva convención que traslade la propiedad de la persona del comprador á la mía. Esto es decir que se opera una segunda venta, luego hay una nueva acta translativa de propiedad, la que debe ser registrada por aplicación de la regla general establecida por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Era inútil consagrar esta aplicación por un texto; el legislador no da ninguna aplicación, abandonó este cuidado al intérprete. Esto era, sobre todo, inútil para la resolución voluntaria, puesto que la aplicación del principio no sufre ninguna dificultad. El Relator de la Cámara de los Representantes, M. Lelièvre, lo dijo. Después de haber declarado que la renuncia á un derecho real inmobiliario estaba sometida á la transcripción, agrega: «Lo mismo sucederá con las actas conteniendo *resolución, rescisión ó revocación voluntaria* de los contratos, porque *evidentemente* estas convenciones caen bajo la disposición que somete á la transcripción las *actas translativas de derechos reales inmobiliarios*, y que además los motivos que sirven de base al art. 1.º justifican la exigencia de esta formalidad. (1)

107. ¿Se preguntará por qué la resolución voluntaria debe ser registrada mientras que la resolución judicial no está sometida á la transcripción? La razón es muy sencilla. El acto que las partes califican de resolución voluntaria es, en realidad, una nueva convención translativa de propiedad, y con este título debe ser transcripta; mientras que la resolución judicial nulifica la convención que había transferido la propiedad, de modo que el acta translativa se considerará como no haber existido nunca. ¿Qué resultaría de esto?

1 Lelièvre, primer informe adicional (Parent, p. 185).

Es que el antiguo propietario, el vendedor, si se trata de una venta, ha sido siempre propietario, mientras que el comprador no lo fué nunca; no hay, pues, ninguna mutación de propiedad; desde luego no puede tratarse de transcribir la sentencia que pronuncia la resolución, y esta sentencia no substituye un título, y mucho menos una convención; si el vendedor es propietario es en virtud de su antiguo título. (1)

Sin embargo, la resolución interesa á los terceros. Había un poseedor que era propietario aparente; les importa saber si deja de serlo; por esto es por lo que la ley prescribe la publicidad de la demanda de nulidad ó de revocación, así como de las decisiones pronunciadas acerca de estas demandas. Volveremos á este punto.

108. ¿Debe distinguirse si la convención resuelta estaba ó no registrada? La cuestión no tiene sentido si se atiende uno al principio establecido por la ley. Lo que hace la transcripción necesaria es que la convención bajo condición resolutoria es una acta translativa de propiedad; ¿qué importa, después de esto, que el contrato haya sido transcripto ó no?

No hay tampoco que distinguir, como lo hacen algunos autores, si la convención resuelta voluntariamente era revocable retroactivamente ó sin retroacción. Esta distinción tampoco tiene sentido. Si el contrato está resuelto no es por razón de la revocabilidad, es en vista de una nueva convención; es, pues, únicamente á esta convención á la que debe atenderse uno. ¿Es translativa de propiedad? Esto basta para decidir la cuestión de transcripción. (2)

109. Se admite generalmente una excepción á estos principios. Aunque la resolución fuera amigable, se dice, el acta

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 404, núm. 244. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 37, núm. 44.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 294, notas 32 y 33, pfo. 209 y los autores en sentido diverso que citan.

no está sometida á transcripción cuando el que la consintió sólo lo hizo para evitar una resolución judicial que era inevitable. Así la resolución de una venta por falta de pago del precio no está sujeta á transcripción si el comprador se encontrara realmente en la imposibilidad de pagar, porque en este caso la resolución, voluntaria en apariencia, es en realidad forzada; de modo que la convención equivale á una sentencia, y la sentencia no está sometida á la transcripción porque no opera una retroacción; debe suceder lo mismo con un convenio que substituye la sentencia porque hay iguales motivos para decidir. (1)

Esto nos parece muy dudoso. Cuando la resolución se opera de plano tiene que ser pedida al juez; en este caso el juez es quien declara resuelto el contrato en virtud de la condición resolutoria tacita. Hay, pues, dos maneras de resolver un contrato: ya de plano, ya judicialmente. Para que el contrato esté resuelto de plano es necesario que la condición resolutoria esté escrita en el acta. Si no está en el acta el contrato sólo puede ser resuelto por sentencia del juez. Esto excluye la resolución hecha por acuerdo de las partes. Y la razón es muy sencilla. Cuando no hay resolución estipulada, el contrato el acta es irrevocable; puede, sin duda, ser revocado por el mutuo consentimiento de las partes (art. 1134), pero esta revocación sólo es posible para los hechos no cumplidos; no depende de las partes nulificar por su voluntad un hecho que se cumplió en virtud del contrato. Y tal es la translación de la propiedad. Se operó en virtud del contrato; el comprador, si se trata de una venta, se hizo propietario; no depende de las partes declarar que nunca lo ha sido y que el vendedor no dejó de serlo. La ley sólo concede este poder al juez; á éste toca ver si hay realmente inexecución de los compromisos por parte de uno de los contratantes y si, en consecuencia, hay lugar á pronun-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. II, p. 302, nota 59.

ciar la resolución del contrato. Se objeta que hay igual razón para decidir. Nó; puede haber, en verdad, una verdadera causa de resolución, pero puede no haberla; ¿y quién decidirá si hay ó no una legítima causa de resolución? El juez debe intervenir para comprobar este hecho; la ley no da este poder á las partes y el intérprete no se los puede dar. La resolución judicial retrotrae contra los terceros, nulifica todos los derechos que les fueron concedidos. ¿Se dirá que sucede lo mismo con la resolución amigable? Esto no es admisible; las partes no pueden, por su voluntad, revocar las actas que han hecho legítimamente. En vano se dirá que la resolución sólo es voluntaria aparentemente, que en realidad es forzada; ya hemos contestado á la objeción; sólo el juez puede pronunciar una resolución forzada; las partes no tienen este derecho. Bajo el punto de vista de la transcripción esto nos parece seguro. Supongamos que el primer contrato haya sido registrado; el comprador es propietario para con todos; puede válidamente hacer actas de disposición. Y hé aquí que las partes convienen en resolver la venta; esta resolución, se dice, no tiene que registrarse y, no obstante, nulifica retroactivamente el contrato. ¿Cómo conciliar esta consecuencia con el principio de la transcripción? Hay acta pública en virtud de la cual el comprador es propietario; ¿y se quiere que sin sentencia, por la sola voluntad de las partes, se considere al comprador como no haber sido nunca propietario! Nuestra Ley Hipotecaria, así como la ley francesa, prescriben la publicidad, por vía de inscripción, de las sentencias que pronuncian la resolución de un contrato translativo de propiedad. ¿Y se quiere que, sin ninguna publicidad, un propietario reconocido como tal por una acta pública deje de ser propietario! Se ve que la pretendida analogía que se invoca falta enteramente. La resolución judicial está sometida á la publicidad por la ins-

cripción de la demanda, por la inscripción de la sentencia; mientras que la convención resolutoria permanece secreta. ¿Hay analogía en materia de transcripción entre una acta pública y una acta clandestina?

110. Hay resoluciones que se operan por vía de retiro. ¿Están sometidas á la transcripción? Tales son: el retiro sucesoral (art. 841), el retiro de indivisión (art. 1408), el retiro litigioso (art. 1699). No hablamos de la facultad del rescate, que no es un retiro sino una resolución que tiene lugar en virtud de una condición resolutoria estipulada por las partes; mientras que el retiro propiamente dicho se hace en virtud de la ley y, en caso necesario, apesar de las partes.

¿Cuál es el principio que rige el retiro en lo relativo al registro? Se enseña que las actas en que consta el ejercicio de una facultad legal de retiro no están sujetas á la transcripción por razón de que el retiro legal no opera una nueva translación de propiedad; se dice que es más bien una subrogación del que se retira á los derechos de aquel contra quien se ejerce este derecho de retiro. La razón sería decisiva si realmente el retiro sólo fuera una subrogación sin que hubiera una nueva translación de propiedad. ¿Sucede así en todos los casos de retiro? Nos parece imposible contestar á la cuestión de un modo absoluto. ¿Qué hay de común entre el retiro sucesoral y el de indivisión? Nada, excepto el nombre. No se puede, pues, sentar un principio general; es necesario, para cada caso de retiro, examinar si opera ó no translación de propiedad; la respuesta decide la cuestión de transcripción. Ya hemos contestado de antemano al exponer los principios que rigen los varios retiros; bastará recordar lo que ya ha sido dicho.

En el caso de retiro sucesoral es verdad que no hay nueva venta; no hay, pues, acta translativa de propiedad y, por consiguiente, el acta en que consta el retiro no tiene que registrarse (t. X, núm. 383). Lo mismo sucede con el

retiro litigioso: no opera nueva venta; y donde no hay acta translativa de propiedad no puede haber transcripción (tomo XXIV, núms. 604-606).

Queda el retiro de indivisión. Aquí la decisión es difícil y dudosa porque la naturaleza del retiro y sus efectos están controvertidos. En la opinión que hemos enseñado el retiro está sujeto á transcripción. En efecto, forma ya un rescate, lo que hace necesario el registro, ó ya una partición que, según la Ley Hipotecaria, debe ser registrada, puesto que las actas declarativas deben serlo tanto como las translativas. Transladamos á lo dicho en el título que es el sitio de la materia (t. XXI, núm. 348). Hay otra opinión según la cual hay simple subrogación; lo que conduce á la consecuencia de que el retiro no debe ser transcrito. (1)

110 bis. Se presenta aún otra dificultad en materia de retiro. Se supone que el acta de venta á la que el retrayente está subrogado no fué registrada; ¿debe en este caso hacer el registro el retrayente y qué debe registrar? En la teoría de la subrogación la respuesta es muy sencilla. (2) El retrayente ejerce todos los derechos de aquel á quien está subrogado, como si él mismo hubiera figurado en el contrato, pero no tiene mayores derechos; si, pues, el comprador ó el cesionario no registró el retrayente que toma su lugar no será propietario para con los terceros; para que pueda oponer su derecho á éstos tiene que registrar, y es el acta á la que está subrogado á la que debe registrar, pues es en virtud de dicha acta como es propietario. No tiene que registrar el acta de retiro porque esta acta no es translativa de propiedad. Hubiera sido útil, sin duda, prescribir la publicidad del retiro para avisar á los terceros que el retrayente toma el lugar de aquel que figura en el acta, pero no basta que la

1 Véanse en esta materia, y en sentido diverso, Aubry y Rau y los autores que citan (t. II, p. 302, notas 62 á 65, pfo. 209).

2 Flandria, *De la transcripción*, t. I, p. 158, núm. 242.

publicidad sea útil para que tenga que hacerse, es necesario que la ley la ordene. Y nuestra ley no somete a la publicidad por vía de transcripción más que la subrogación á un crédito privilegiado ó hipotecario (art. 5); no exige la publicidad de los retiros. Resulta una anomalía: la subrogación de un crédito, es decir, un derecho mobiliario, debe ser hecho público, y la subrogación á una venta inmobiliaria no tiene que ser transcripta ni subscripta. Es por razón del interés que los terceros tienen en conocer la subrogación por lo que Troplong enseña que el retiro debe transcribirse; si no se registra los terceros sabrán que hay una venta, pero no conocerán al verdadero comprador; por consiguiente, la publicidad es incompleta. (1) Esto es verdad, pero sólo prueba una cosa: es que la ley hubiera debido prescribir la publicidad de la subrogación; no lo hizo; esto es un vacío que no toca al intérprete llenar.

Núm. 9. De las cláusulas agregadas al contrato.

111. Después de haber registrado el contrato las partes le agregan cláusulas que lo modifican; ¿se pregunta si estas convenciones nuevas deben transcribirse? El texto no previene esta hipótesis y del silencio de la ley no se puede inducir que las cláusulas modificadoras no estén sometidas á la transcripción, porque es de principio que hay lugar á la transcripción sólo en los casos previstos por la ley. Para decidir si una acta debe ser registrada hay que ver si entra en los términos de la regla establecida por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Y la regla dice que las actas deben ser registradas *por entero*; por tanto, todas las cláusulas del acta sometida á la transcripción deben ser hechas públicas por vía del registro. Y las cláusulas modificadoras hacen parte del acta, puesto que le agregan ó quitan alguna cosa. Esto

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 406, núms. 247, 249 y 250.

es decisivo. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. ¿Por qué quiere la transcripción por entero? Para ilustrar completamente á los terceros que tienen interés en conocer el acta translativa de propiedad con el fin de impedir que se les engañe. Y si las cláusulas nuevas no fueran publicadas los terceros en lugar de quedar ilustrados estarían inducidos en error, la publicidad parcial sería engañosa; sólo alcanza su objeto siendo completo.

112. Así sucedería aunque las cláusulas nuevas no versaran en la mutación. Se enseña lo contrario, es verdad, y en teoría esto parece especioso. ¿Qué tienen interés en conocer los terceros? Las cláusulas modificadoras que tienen por efecto cambiar el carácter, el alcance, el objeto ó las condiciones esenciales de la translación; son estas cláusulas las que tienen que transcribirse. Las demás cláusulas no interesan á los terceros; se concluye de esto que es inútil transcribirlas. (1) Esto es olvidar el principio escrito en el art. 1.º de nuestra ley. El acta tiene que ser transcripta por entero, sin distinguir entre las cláusulas que se refieren á la mutación y las partes extrañas á ésta. Ya lo hemos hecho notar: el interés que los terceros pueden tener en conocer tal ó cual cláusula no puede ser determinado *a priori*, basta que por su naturaleza el acta interese á los terceros, es decir, que sea translativa de propiedad, para que la ley deba ordenar su publicidad; no puede decir de antemano: tal cláusula interesa á los terceros y tal otra no. El interés es una cuestión de hecho; es para garantizarlo por lo que la ley prescribe la más lata publicidad.

113. Hemos supuesto actas translativas de propiedad. Se entiende que lo mismo pasa con las declarativas. Si los coparticipes agregan cláusulas al acta de partición deberán registrarse si no podrán oponerlas á los terceros. Poco im-

1 Casier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 33, núm. 16. Cloes, *Comentarios de la ley de 1851*, p. 29, núm. 44.

porta cuál sea el objeto de estas cláusulas. En derecho esto es incontestable. De hecho los terceros que rechazan una cláusula no registrada deben probar que tenían interés en conocerla, pues no hay acción ni excepción sin interés.

§ III.—DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO.

114. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria somete á la transcripción los arrendamientos que excedan de nueve años ó que contengan recibo al menos de tres años de renta. ¿Por qué deben ser transcriptos dichos contratos de arrendamiento? El arrendamiento no da derecho real al arrendatario, este sólo tiene un derecho de crédito contra el dador. El art. 1743 deroga este principio sin abolirlo. Hemos expuesto en el título *Del Arrendamiento* la controversia levantada acerca de este punto por una paradoja de Troplong; la jurisprudencia la desechó, y entre los autores sólo quedan los que gustan de la novedad, que tratan de sostener una tesis insostenible. Lo seguro es que el Código Civil hace una modificación grande al derecho antiguo. Del principio de que el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito contra el dador se deducía en la jurisprudencia antigua la consecuencia lógica de que en caso de venta de la cosa arrendada el arrendatario podía ser expulsado por el adquirente. En este sistema los terceros compradores no tenían ningún interés en la publicidad de los arrendamientos; si el arrendamiento no les conviene expulsan al locatario ó al arrendatario. Pero, no obstante que el arrendatario puede oponer su contrato al adquirente con tal que tenga fecha cierta, los terceros están muy interesados en que los contratos de arrendamiento se hagan públicos.

Los que se proponen comprar tienen interés en saber si la casa ó la finca está ocupada ó debe serlo por un locatario y cuál será la duración de esta ocupación. Conforme al Có-

digo Civil deben respetar cualquier contrato, por largo que fue fuese, aun de 99 años, con tal que tenga fecha cierta. Y no tienen ningún medio para conocer la existencia de estos arrendamientos, puesto que la ley no prescribe ninguna publicidad. La clandestinidad de los arrendamientos tenía para los terceros efectos tan desastrosos como la clandestinidad de las actas translativas de propiedad. ¿Qué les importaba que esto sólo fuese un derecho de crédito? Debían respetar este arrendamiento como si resultara de un derecho real. Hay más. El arrendatario podría oponerles su contrato de arrendamiento en lo relativo á las obligaciones del dador; subrogados á su derecho los terceros estaban también subrogados á sus obligaciones; resultando que tenían cargos onerosos sin gozar de la cosa como hubieran querido gozar de ella. Por esto el arrendamiento clandestino alteraba considerablemente el valor de la cosa; lastimaban, pues, los derechos de los terceros adquirentes; esto era una razón decisiva para reemplazar la clandestinidad por la publicidad.

Los terceros acreedores hipotecarios están igualmente interesados en que se hagan públicos los contratos. Su garantía consiste en el escrito de preferencia que ejercen sobre el precio del bien afectado en seguridad del crédito. Para que esta garantía sea eficaz se necesita que al inmueble hipotecado, en caso de expropiación, se le dé su verdadero valor. Y si el inmueble está arrendado por mucho tiempo no se presentarán adquirentes, y los que pujen lo harán en condiciones ruinosas para los acreedores; éstos perderán una parte de su crédito, puesto que el precio no alcanzará el valor sobre que contaban. (1)

115. Estas razones son generales y lógicamente habrían

¹ Estas consideraciones han sido muy bien expuestas por Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 351, núm. 140. Se encuentran substanciadas en el informe de la comisión especial (Parent, p. 13) y en el informe del Senado (Parent, p. 398).

legitimado la publicidad de todos los contratos de arrendamientos, de igual modo que toda acta translativa de propiedad debe hacerse pública, cualquiera que sea el valor del inmueble enajenado ó del derecho real constituido sobre un inmueble. ¿Por qué, pues, la ley limita la necesidad de la transcripción á los arrendamientos que excedan de nueve años? El legislador ha querido conciliar los intereses diferentes que se hallan en conflicto en esta materia. Los terceros están interesados en la publicidad de todo arrendamiento. Pero esto sería una gran dificultad para los propietarios y los arrendatarios y además un gasto que el dador cargaría de ordinario al locatario. Por otra parte, el interés que los terceros tienen en que la publicidad disminuya con la duración del arrendamiento. Desde luego los terceros tienen casi siempre conocimiento de la existencia del arrendamiento, porque el arrendatario está en posesión de la cosa arrendada, y desde que existe un arrendamiento deben atenerse á darle la duración ordinaria de los arrendamientos de inmuebles; es decir, de nueve años. El legislador ha aún tomado en consideración este hecho para otras materias; permite al usufructuario y á los administradores legales hacer arrendamientos de nueve años, porque tal es la duración ordinaria en los arrendamientos de casas ó haciendas. Esto no quiere decir que los arrendamientos que pasan de nueve años cambien de naturaleza y que confieran un derecho real á los arrendatarios; el arrendamiento, cualquiera que sea su duración, es siempre un derecho personal. Pero mientras más se prolongue el arrendamiento más les importa á los terceros conocerlo, porque disminuye el precio de la propiedad. ¿Por qué el legislador ha fijado nueve años como límite más allá del cual se considera á los terceros como interesados en la publicidad del arrendamiento? El límite es, evidentemente, arbitrario, como todos los plazos que la ley establece; la ley

francesa de 1855 lo fijó en dieciocho años; que el establece nuestra Ley Hipotecaria es más conforme con el uso, y extendiendo la publicidad resguarda mejor el interés de los terceros.

116. Ahora se ve en lo que la nueva ley deroga el Código Civil. Conforme al art. 1743 bastaba que un contrato tuviese fecha cierta para que el adquirente estuviese obligado á respetarlo, cualquiera que fuese la duración del arrendamiento. Conforme á la Ley Hipotecaria se necesita distinguir. Si el arrendamiento es por nueve años no debe ser transcripto. ¿Es decir que todo arrendamiento por nueve años liga al adquirente? Nó, la nueva ley no se ocupa en los arrendamientos por nueve años; quedan, por consiguiente, bajo el imperio del Código Civil. El adquirente deberá respetarlos si tienen fecha cierta. Cuando el arrendamiento pasa de nueve años obliga también al adquirente, por cualquiera duración, siempre que tenga fecha cierta. Conforme á la nueva ley no basta con que el contrato tenga fecha cierta para que el adquirente esté obligado á respetarlo, se necesita que esté inscrito, lo que implica que debe ser auténtico. Esta es una doble derogación del Código Civil.

La transcripción no es una condición de validez del acta que está sometida á ella; es una formalidad de publicidad requerida en interés de los terceros. Resulta que el arrendamiento por más de nueve años que no está transcripto no se puede oponer á los terceros aunque sea válido entre las partes. Conforme al rigor del principio de publicidad un arrendamiento por más de nueve años no transcripto debería ser considerado como inexistente con relación á los terceros de igual modo que una venta no transcripta no se les puede oponer. La Ley Hipotecaria deroga este principio; decide que el arrendamiento no transcripto será reducido, en cuanto á su duración, conforme al

art. 1429: lo que quiere decir que podrá ser opuesto á los terceros por el período de nueve años en el cual el arrendatario se encontraba cuando la venta. Volveremos á esta disposición al tratar de los efectos de la transcripción. Por ahora nos limitamos á establecer el principio. ¿Cuál es la razón de la diferencia que la ley hace entre los arrendamientos y las actas translativas de propiedad? La venta, por pequeño que sea el valor de la cosa vendida, no se puede oponer á los terceros si no está transcrita; mientras que los arrendamientos por nueve años no deben ser transcritos. De aquí se sigue que el arrendamiento debe siempre valer por el período de nueve años por el que el arrendatario se encuentra comprometido; en efecto, en el sistema de la ley un arrendamiento contratado por nueve años está considerado como si no interesara á los terceros; luego el arrendatario debe siempre tener el derecho de oponer á los terceros un arrendamiento por una duración que no exceda de este término.

117. Queda una dificultad que el legislador no ha decidido. Un arrendamiento por nueve años se refrenda por el mismo plazo durante el curso del primer contrato. Si cuando la venta del inmueble el arrendatario ha entrado en el segundo período no hay duda; esta hipótesis entra en la prevista por el texto de la ley; el arrendatario puede siempre oponer á los terceros un arrendamiento por nueve años. ¿Pero qué se debe decidir si el arrendatario se halla aún en el primer período? ¿Podrá acabar el primer arrendamiento y aprovechar, además, el arrendamiento por nueve años que debía comenzar al terminar el primero? La cuestión está controvertida conforme á la legislación belga y á la francesa.

En nuestro concepto ambos contratos de arrendamiento serán válidos con tal que hayan sido hechos de buena fe; es decir, con tal que las partes no hayan querido extender

el límite que el art. 1.º de la Ley Hipotecaria establece en esta materia. Supongamos que las partes hayan renovado un arrendamiento de casa dos años antes de vencer el arrendamiento en curso ó un arrendamiento rústico tres años antes de la misma época: estos son los términos en los que la ley permite á los administradores legales renovar los arrendamientos por un término de nueve años. Cuando la venta queda un año que correr del antiguo arrendamiento: ¿el arrendatario podrá oponer al adquirente su contrato por un año y un nuevo arrendamiento por nueve? Contestamos que sí, siempre que el arrendamiento haya sido renovado de buena fe. Es de uso renovar los arrendamientos antes que terminen. Esto es una necesidad para las partes contratantes: el dador está interesado en que un nuevo contrato comience en el momento en que acaba el primero, con el fin de no perder la renta de la cosa arrendada; el arrendatario no puede esperar hasta el momento en que termina el primer arrendamiento para buscar un nuevo alojamiento ó una nueva finca. Y el interés particular está en armonía con el interés general, pues la riqueza pública aumenta con la de los individuos; la sociedad está, pues, interesada en que los inmuebles procuren á sus dueños los frutos que están destinados á producir.

Concluimos de esto que es imposible que el legislador haya entendido en materia de transcripción que los arrendamientos fueran renovados sólo al fenecer el arrendamiento existente, en este sentido: que el arrendatario estuviera obligado al concluir el primer arrendamiento á abandonar el local arrendado sin poder aprovechar una renovación de contrato. Este sistema conduciría á consecuencias inadmisibles. Supóngase que el primer arrendamiento tenga todavía una duración de un mes cuando la venta, ¿el arrendatario podrá ser expulsado al concluir este mes aunque haya tenido la prudencia de renovar su contrato? Decimos

que esta consecuencia testifica contra la interpretación de que procede. En efecto, resultaría que el arrendatario sería expulsado en un momento en que no encuentre ni casa ni finca. El legislador permite al administrador de bienes ajenos renovar el arrendamiento dos ó tres años antes de la expiración, de modo que el arrendamiento renovado puede comenzar en una época en que los poderes del administrador han cesado. Esto prueba que en el espíritu de la ley las partes deben tener el derecho de renovar el arrendamiento antes de la expiración del primero, de modo que el contrato renovado será tan válido como si hubiera sido consentido en el momento en que el primero cesó. Se debe aplicar este principio en materia de transcripción; el arrendatario debe aprovecharse de la renovación del arrendamiento aunque el primero aun no concluya, porque la renovación se considera hecha cuando la expiración del antiguo arrendamiento.

La única dificultad es la siguiente. ¿Son aplicables las épocas de dos ó tres años establecidas por el art. 1430, de pleno derecho, en materia de transcripción, de modo que un arrendamiento renovado dos ó tres años antes de la conclusión del primero sería presumido de buena fe y podría ser invocado por el arrendatario contra el comprador al finecer el primer arrendamiento? Nó, en nuestro concepto. La Ley Hipotecaria traslada al art. 1429, no al 1430; y no se puede decir que la ley aplica tácitamente una disposición referente á los arrendamientos consentidos por administradores cuando se trata de saber si los arrendatarios deben transcribir el contrato renovado. El art. 1430, aunque fundado en la equidad y en el interés de todos, es una disposición arbitraria en este sentido: que establece épocas arbitrarias. Esto basta para que no se pueda extenderlo de un caso á otro. La cuestión de transcripción es enteramente distinta de la que resuelve el art. 1430. Según la nueva Ley

Hipotecaria los arrendamientos que pasan de nueve años deben ser registrados. ¿Impide esto que las partes renueven sus arrendamientos sin estar obligadas á transcribir los nuevos? Nó, siempre que la renovación tenga lugar de buena fe. ¿Cuándo hay buena fe y cuándo intención de eludir la ley? Esto es una cuestión de hecho que no decide el legislador y abandona, por consiguiente, á la apreciación del juez. Puede suceder que el arrendamiento renovado en las épocas determinadas por el art. 1430 haya sido renovado en fraude de la ley; es decir, en un momento en que las partes sabían que la cosa arrendada debía venderse; en este caso el arrendamiento renovado será fraudulento y, por consiguiente, el arrendatario no lo podrá invocar contra el adquirente. Por contra puede suceder que el arrendamiento haya sido renovado de buena fe antes de la época de dos ó tres años, cuando se trata, por ejemplo, de una fábrica ó de una finca de gran explotación; el juez en este caso atenderá el arrendamiento en favor del arrendatario, aunque no registrado y aunque cuando la venta el primer arrendamiento no esté concluido. (1)

118. Al ordenar la transcripción de los arrendamientos que exceden de nueve años la ley quiso garantizar los intereses de los terceros que tratan con el propietario después de ser consentidos estos arrendamientos. Si en el momento en que un tercero compra ó estipula una hipoteca estos arrendamientos no han sido publicados por la transcripción no se pueden oponer á los terceros adquirentes ni á los hipotecarios que tienen el cuidado de cumplir con las formalidades exigidas por la ley para la conservación de sus derechos. Cuando el adquirente ha registrado su acta

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 62, núm. 41. Compérese Casier, p. 36, núm. 19 y Clees, t. I, p. 35, núm. 58. La cuestión está controvertida también en Francia; véase en el sentido de mi opinión Troplong, p. 278, núm. 117 y Flandin, t. I, p. 356, núms. 502 y 503. En sentido contrario, Mourlon, t. I, p. 355, núm. 144.

de adquisición él es el propietario para con los terceros y no se le puede oponer ninguna acta no registrada procedente del antiguo dueño. Los acreedores hipotecarios están también garantizados contra los arrendamientos que el dueño hubiera consentido antes de la inscripción hipotecaria. Pero como el deudor permanece propietario del inmueble hipotecado lo puede dar en arrendamiento. Era, pues, necesario dar al acreedor hipotecario una garantía contra los arrendamientos que el deudor consiente después de la inscripción de la hipoteca; tal es el objeto del art. 45 de la Ley Hipotecaria, que dice: «Los arrendamientos contratados de buena fe después de la constitución de la hipoteca serán respetados; sin embargo, si fueron hechos por un plazo de más de nueve años la duración será reducida conforme al art. 1429 del Código Civil.» Volveremos á esta disposición en el título *De las Hipotecas*.

119. La ley somete también á la transcripción los arrendamientos que contienen recibo de cuando menos tres años de rentas (art. 1.º). Observemos desde luego que la publicidad está requerida por esto sólo: que el acta comprueba un pago anticipado de tres años de renta, cualquiera que sea la duración del arrendamiento, aunque no excediera de nueve años; la ley prescribe la publicidad únicamente por razón del pago anticipado de las rentas. Hay que agregar la palabra *arrendamientos*, pues la palabra *renta* se toma aquí como término general, comprendiendo los arrendamientos rurales. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; no hay ninguna razón para hacer una diferencia entre ambas clases de arrendamiento en lo que se refiere á la transcripción; es aún más necesaria para los arrendamientos de fincas rurales, puesto que es sobre todo en estos arrendamientos en los que los pagos anticipados son de uso. Esto fué así entendido cuando la segunda votación. (1)

1 Delebecque, *Comentario legislativo*, p. 21, núm. 19. Parent, *pa.* 382 y sigs.

¿Cuáles son los motivos por los que todo arrendamiento debe ser registrado cuando contiene recibo de cuando menos tres años de rentas? Este hecho interesa á los terceros adquirentes, puesto que disminuye su goce real que sólo comienza cuando el arrendatario paga sus rentas. Los terceros acreedores hipotecarios tienen interés en conocer los pagos anticipados, porque en caso de venta forzada el inmueble será vendido por un precio menor que su valor real, por razón de la disminución del goce que resulta para el adjudicatario. Como el interés de los terceros está comprendido en todo el pago anticipado la ley hubiera debido lógicamente exigir la publicidad de los arrendamientos desde que hay semejantes pagos, aunque no fuera más que de un año ó un plazo. La ley no lo hizo porque tuvo en consideración en esta materia todos los intereses. Por lo mismo que no sometió á la transcripción los arrendamientos por nueve años no quiso exigirla para el menor pago anticipado. Estos pagos son de uso en los arrendamientos rurales; los terceros deben, pues, esperarse á ellos, á no ser que sobrepasen las cláusulas habituales. Quedaba por fijar el plazo que es necesariamente arbitrario como aquel que la ley admitió para la duración de los arrendamientos. (1)

120. La ley exige la transcripción por razón de los pagos anticipados cuando constan en el contrato de arrendamiento. Puede suceder que pagos semejantes se hagan durante el curso del arrendamiento ó que el dador ceda sus rentas no vencidas para proporcionarse fondos que necesita. ¿Quedarán sometidos á registro estos actos? La negativa es segura, decidiendo la cuestión el silencio de la ley. En efecto, las rentas son una deuda personal y, por tanto, un simple

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, p. 62, núm. 40. Troplong, *De la transcripción*, p. 281, núm. 122. Lelièvre, *Informe de la comisión de la Cámara de Representantes* (Parent, p. 115).

derecho de crédito para el dador; luego un derecho mueble, y estos derechos están fuera de la Ley Hipotecaria. Sólo es por excepción como la ley somete los arrendamientos al registro; esta excepción es de estricta interpretación y sólo está establecida por razón de los pagos anticipados cuando constaa en el contrato de arrendamiento. Cuando, pues, estos pagos se hacen en el curso del arrendamiento se está fuera del texto, y sin la ley que lo ordene no puede tratarse de transcripción. En cuanto á la cesión de las rentas es una cesión de derechos de crédito, luego una acta translativa de derecho mueble no sujeto, como tal, á la transcripción. El art. 3. que establece una publicidad especial para los créditos hipotecarios ó privilegiados, tampoco es aplicable, pues esta disposición supone un privilegio en inmuebles, como lo diremos más adelante.

Se había propuesto cuando la discusión por vía de petición extender la publicidad á los recibos de rentas no vencidas que fuesen juzgadas por anticipación ó cedidas durante el curso del arrendamiento. Esta proposición fué objeto de un informe especial de la comisión de la Cámara de Diputados. (1) La comisión temió que al ordenar la transcripción de estas actas la ley legitimase convenciones que casi siempre se hacian en fraude de los terceros. Esto decide la cuestión de transcripción, la que, además, no es dudosa. Queda por saber si esas actas pueden ser opuestas á los terceros. El Relator se pronuncia por la negativa invocando la doctrina y la jurisprudencia. Martou, en su excelente comentario, observa que esta opinión está lejos de ser seguida en lo general; cita autores y numerosas sentencias que deciden, al contrario, que los pagos anticipados hechos en virtud del acta, ó posteriormente, así como las cesiones de rentas, son válidas cuando estas convenciones se hacen de buena fe. El comentador se adhiere además á la opinión de la comi-

1 Parent, *Documentos*, ps. 373 y siguientes.

sión. (1) Preferimos la opinión que prevaleció en jurisprudencia y que enseñan Duvergier y Troplong.

Los frutos, se dice, pertenecen al propietario (art. 520); luego al adquirente, cuando están en pie ó que se deben cuando la adquisición y, por esto mismo, al acreedor hipotecario que tiene un derecho en la cosa y, por consiguiente, en los frutos á título de accesorio. Sin duda así sucede cuando el propietario tiene aún derecho á los frutos, pero puede disponer de ellos; la disposición que hace de ellos es un acto translativo de un derecho mueble, y un acto de esta naturaleza puede oponerse á los terceros sin ninguna forma de publicidad, salvo la notificación al deudor cuando se trata de un crédito. Una venta mobiliaria es válida entre las partes y para con los terceros por sólo la perfección del contrato; el comprador puede, pues, oponer su derecho á los terceros. Esto es el principio del Código Civil (art. 1138), el que no deroga la Ley Hipotecaria. Por aplicación de este principio hay que decidir que el cesionario de rentas que representa los frutos puede oponer su cesión á los terceros; por identidad de razones los pagos anticipados que hace el arrendatario son válidas entre las partes y para con los terceros. La jurisprudencia agrega una condición: es que en caso de fraude los terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios pueden atacar estas actas: esto es el derecho común. Pero el fraude es una excepción y no se puede transformar un excepción en regla presumiendo el fraude.

¿Se objetará que la cuestión está prejuzgada y decidida por el informe de la comisión? Contestaremos que los informes de las comisiones son, sin duda, una autoridad, pero sólo es una autoridad doctrinal; en cuanto á la Cámara desechó la proposición hecha por los peticionarios de someter al registro los pagos y las cesiones de rentas posteriores al con-

1 Martou *Comentario de la ley de 1851*, p. 64, núm. 42.

trato de arrendamiento; no decidió que estos pagos y cesiones no podían ser opuestos á los terceros. La cuestión permanece, pues, entera.

Otra es la cuestión de saber si la Cámara hizo bien en desechar la proposición hecha por el peticionario de someter á la publicidad los pagos anticipados y las cesiones de rentas. La razón dada por el Relator no es terminante. Prescribir la transcripción de una convención no es legitimarla ni validarla: la publicidad la lleva á conocimiento de los terceros interesados, á reserva de que otros la otorguen si es nula: la transcripción no cubre la nulidad. Y basta que estas estipulaciones interesen á los terceros para que la ley hubiera ordenado hacerlas públicas, como lo hizo para los arrendamientos que contienen recibos de un pago anticipado de tres años de rentas. Esto es lo que ha hecho la ley francesa de 1855. (1)

121. Queda una duda que es una objeción muy seria contra la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Hemos enseñado, conforme á la jurisprudencia, que el anticresista no puede oponer su derecho de retención y de goce; y acabamos de decir con la jurisprudencia que la cesión de rentas no puede ser opuesta á los terceros. ¿No es esto contradictorio? Hay una diferencia entre ambas convenciones. El dador que cede las rentas cede un crédito que le pertenece, puesto que tiene derecho á las rentas en virtud de su contrato de arrendamiento. Esta convención es una cesión de crédito, válida como tal si fué notificada ó aceptada; esta formalidad reemplaza la publicidad en el sistema del Código y considera resguardar los intereses de los terceros. Hay, pues, un texto (art. 1690) que decide la cuestión. No suce-

1 El art. 2, núm. 5, ordena la transcripción de toda cesión ó pago equivalente á tres anualidades no vencidas; después la ley decide que hasta su transcripción dichas cesiones ó pagos no podrán ser opuestos á los terceros que tienen derechos sobre el inmueble y que los han conservado conformándose con la ley. Compárese una sentencia de Casen de 21 de Diciembre de 1874 [Dalloz, 1876, 2, 81].

de lo mismo con la anticresis. Es el propietario de un fundo el que cede su goce á su acreedor. Aquí se puede aplicar lo que Martou dice del derecho á los frutos. Los frutos por percibir pertenecen al propietario como accesorios del suelo; al dar el fundo en anticresis no cede un derecho en la cosa al anticresista, le permite sólo percibir los frutos; si después enajena el fundo ó lo grava en hipoteca el conflicto se suscita entre un acreedor que no tiene derecho en la cosa y terceros que tienen un derecho en el fundo y, por consiguiente, en los frutos. ¿Quién debe ganar? El acreedor anticresista no gana los frutos más que al percibirlos. Los frutos en pie ó los venideros permanecen en propiedad del dueño del fundo, luego éste pudo disponer de ellos enajenando el fundo ó desmembrándolo. El anticresista sólo tiene un derecho de crédito contra el deudor, mientras que el comprador y el acreedor hipotecario tienen un derecho en la cosa y éstos deben, pues, prevalecer al anticresista.

SECCION II.—*Cuáles actas deben ser transcriptas.*

122. *Todas las actas, dice la Ley Hipotecaria, cuando son translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, así como los arrendamientos determinados por la ley. ¿Quiere decir esto que las actas anteriores á la nueva ley deban ser transcriptas tanto como las actas posteriores? Ya hemos examinado la cuestión al tratar de la no retroacción de las leyes (t. I, núm. 220). La negativa está admitida por todo el mundo, sólo que se hizo mal en invocar, en la discusión de la Ley Hipotecaria, el principio del art. 2, según el cual la ley no tiene efecto retroactivo. Lo que debiera haberse dicho es que hay una retroacción moral que no vale mucho más que la retroacción legal. Los que han comprado inmuebles bajo el imperio del Código Civil se han vuelto propietarios para con los terceros por el solo efecto del contrato.*

trato de arrendamiento; no decidió que estos pagos y cesiones no podían ser opuestos á los terceros. La cuestión permanece, pues, entera.

Otra es la cuestión de saber si la Cámara hizo bien en desechar la proposición hecha por el peticionario de someter á la publicidad los pagos anticipados y las cesiones de rentas. La razón dada por el Relator no es terminante. Prescribir la transcripción de una convención no es legitimarla ni validarla: la publicidad la lleva á conocimiento de los terceros interesados, á reserva de que otros la otorguen si es nula: la transcripción no cubre la nulidad. Y basta que estas estipulaciones interesen á los terceros para que la ley hubiera ordenado hacerlas públicas, como lo hizo para los arrendamientos que contienen recibos de un pago anticipado de tres años de rentas. Esto es lo que ha hecho la ley francesa de 1855. (1)

121. Queda una duda que es una objeción muy seria contra la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Hemos enseñado, conforme á la jurisprudencia, que el anticresista no puede oponer su derecho de retención y de goce; y acabamos de decir con la jurisprudencia que la cesión de rentas no puede ser opuesta á los terceros. ¿No es esto contradictorio? Hay una diferencia entre ambas convenciones. El dador que cede las rentas cede un crédito que le pertenece, puesto que tiene derecho á las rentas en virtud de su contrato de arrendamiento. Esta convención es una cesión de crédito, válida como tal si fué notificada ó aceptada; esta formalidad reemplaza la publicidad en el sistema del Código y considera resguardar los intereses de los terceros. Hay, pues, un texto (art. 1690) que decide la cuestión. No suce-

¹ El art. 2, núm. 5, ordena la transcripción de toda cesión ó pago equivalente á tres anualidades no vencidas; después la ley decide que hasta su transcripción dichas cesiones ó pagos no podrán ser opuestos á los terceros que tienen derechos sobre el inmueble y que los han conservado conformándose con la ley. Compárese una sentencia de Casen de 21 de Diciembre de 1874 [Dalloz, 1876, 2, 81].

de lo mismo con la anticresis. Es el propietario de un fundo el que cede su goce á su acreedor. Aquí se puede aplicar lo que Martou dice del derecho á los frutos. Los frutos por percibir pertenecen al propietario como accesorios del suelo; al dar el fundo en anticresis no cede un derecho en la cosa al anticresista, le permite sólo percibir los frutos; si después enajena el fundo ó lo grava en hipoteca el conflicto se suscita entre un acreedor que no tiene derecho en la cosa y terceros que tienen un derecho en el fundo y, por consiguiente, en los frutos. ¿Quién debe ganar? El acreedor anticresista no gana los frutos más que al percibirlos. Los frutos en pie ó los venideros permanecen en propiedad del dueño del fundo, luego éste pudo disponer de ellos enajenando el fundo ó desmembrándolo. El anticresista sólo tiene un derecho de crédito contra el deudor, mientras que el comprador y el acreedor hipotecario tienen un derecho en la cosa y éstos deben, pues, prevalecer al anticresista.

SECCION II.—*Cuáles actas deben ser transcriptas.*

122. *Todas las actas, dice la Ley Hipotecaria, cuando son translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, así como los arrendamientos determinados por la ley. ¿Quiere decir esto que las actas anteriores á la nueva ley deban ser transcriptas tanto como las actas posteriores? Ya hemos examinado la cuestión al tratar de la no retroacción de las leyes (t. I, núm. 220). La negativa está admitida por todo el mundo, sólo que se hizo mal en invocar, en la discusión de la Ley Hipotecaria, el principio del art. 2, según el cual la ley no tiene efecto retroactivo. Lo que debiera haberse dicho es que hay una retroacción moral que no vale mucho más que la retroacción legal. Los que han comprado inmuebles bajo el imperio del Código Civil se han vuelto propietarios para con los terceros por el solo efecto del contrato.*

Si se les sujetara á la formalidad y gastos de la transcripción se hubiera atacado no un derecho legalmente adquirido sino una posesión que las partes contratantes han debido creer definitivamente adquirida. No se hubiera lesionado un derecho, pero se hubieran herido intereses, conveniencias. Y el legislador, que es el órgano de los intereses de todos, debe evitar el chocarlos. Por esto es que en el paso de una legislación antigua á una moderna hay medidas de prudencia que tomar con el fin de no excitar descontentos. Las nuevas leyes tienen ya mucho trabajo en penetrar en las costumbres; basta que originen gastos, como la ley de la transcripción, para indisponer los espíritus cuando el deber del legislador es el de conciliarlos. Por esto las leyes acerca de la transcripción han respetado siempre los intereses nacidos bajo el imperio de las leyes antiguas; la ley de Mesidor, año III, y la ley de Brumario, año VII, declaraban terminantemente que las ventas anteriores á la nueva ley serían regidas por las leyes antiguas. Lo mismo sucedió con la ley francesa de 23 de Marzo de 1855 (art. 11). (1) La ley belga no se pronuncia acerca de este punto; este silencio se explica por la opinión que reinaba en las Cámaras de que la transcripción no podía ser aplicada á las actas anteriores ni violar el principio de la no retroacción. Esto es un error, pero el mismo error marca la voluntad del legislador. Agregaremos que hubiera sido bueno formular esta voluntad en la ley. La discusión no es la ley; aun cuando el relator ó el ministro exponen su sentido es una gran autoridad, pero sólo el texto obliga. Se olvida esto demasiado amenudo, contentándose con explicaciones. En materia de legislación habría siempre que recordar el dicho de Talleyrand: Si hay cosas que no es menester decir es todavía mejor decir las.

123. La ley francesa de 1855 dice que las disposiciones de la nueva ley acerca de la transcripción no son aplicables

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 520, núms. 345 y 346.

á las actas que han adquirido fecha cierta y á las sentencias pronunciadas antes del 1.º de Enero de 1855. Su efecto, dice el art. 2, está fijado por la legislación bajo el imperio de la que han intervenido. El principio, tal cual lo formula la ley francesa, es también aplicable á la ley belga, salvo la disposición que hace obligatoria la nueva ley, en lo que se refiere á la transcripción, sólo á partir del 1.º de Enero de 1856, bien que se haya publicado el 23 de Marzo; esta es una medida que deroga el rigor de los principios; se entiende que no es aplicable en Bélgica. No sucede lo mismo con la cuestión de saber cuáles son las actas anteriores á la ley nueva que están dispensadas de la publicidad; es menester, según la ley francesa, que tengan fecha cierta de su anterioridad. Esto es una aplicación del art. 1328. Opongo una acta de venta á un tercero y pretendo que esta acta no debe ser registrada porque es anterior á la ley de 16 de Diciembre de 1851. Tengo que probar esta anterioridad; y para con los terceros la fecha sólo resulta de los hechos determinados por el art. 1328. No basta, pues, que produzca una acta privada con fecha anterior á la publicación de la nueva ley, es necesario que el acta haya recibido fecha cierta, conforme al art. 1328. A falta de fecha cierta el acta cae bajo la aplicación de la nueva ley.

SECCION III.—Formalidades de la transcripción.

§ I.—CUALES SON LAS ACTAS ADMITIDAS A LA TRANSCRIPCIÓN.

124. El art. 2 de la Ley Hipotecaria dice: «Las sentencias, las actas auténticas y las privadas reconocidas en justicia ó ante notario serán solas admitidas á la transcripción. Los poderes relativos á estas actas deberán ser dados en la misma forma.» Síguese de esto que en principio las actas auténticas solas están admitidas á la transcripción, pues si la ley permite transcribir actas privadas es bajo la condición d

Si se les sujetara á la formalidad y gastos de la transcripción se hubiera atacado no un derecho legalmente adquirido sino una posesión que las partes contratantes han debido creer definitivamente adquirida. No se hubiera lesionado un derecho, pero se hubieran herido intereses, conveniencias. Y el legislador, que es el órgano de los intereses de todos, debe evitar el chocarlos. Por esto es que en el paso de una legislación antigua á una moderna hay medidas de prudencia que tomar con el fin de no excitar descontentos. Las nuevas leyes tienen ya mucho trabajo en penetrar en las costumbres; basta que originen gastos, como la ley de la transcripción, para indisponer los espíritus cuando el deber del legislador es el de conciliarlos. Por esto las leyes acerca de la transcripción han respetado siempre los intereses nacidos bajo el imperio de las leyes antiguas; la ley de Mesidor, año III, y la ley de Brumario, año VII, declaraban terminantemente que las ventas anteriores á la nueva ley serían regidas por las leyes antiguas. Lo mismo sucedió con la ley francesa de 23 de Marzo de 1855 (art. 11). (1) La ley belga no se pronuncia acerca de este punto; este silencio se explica por la opinión que reinaba en las Cámaras de que la transcripción no podía ser aplicada á las actas anteriores ni violar el principio de la no retroacción. Esto es un error, pero el mismo error marca la voluntad del legislador. Agregaremos que hubiera sido bueno formular esta voluntad en la ley. La discusión no es la ley; aun cuando el relator ó el ministro exponen su sentido es una gran autoridad, pero sólo el texto obliga. Se olvida esto demasiado amenudo, contentándose con explicaciones. En materia de legislación habría siempre que recordar el dicho de Talleyrand: Si hay cosas que no es menester decir es todavía mejor decir las.

123. La ley francesa de 1855 dice que las disposiciones de la nueva ley acerca de la transcripción no son aplicables

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 520, núms. 345 y 346.

á las actas que han adquirido fecha cierta y á las sentencias pronunciadas antes del 1.º de Enero de 1855. Su efecto, dice el art. 2, está fijado por la legislación bajo el imperio de la que han intervenido. El principio, tal cual lo formula la ley francesa, es también aplicable á la ley belga, salvo la disposición que hace obligatoria la nueva ley, en lo que se refiere á la transcripción, sólo á partir del 1.º de Enero de 1856, bien que se haya publicado el 23 de Marzo; esta es una medida que deroga el rigor de los principios; se entiende que no es aplicable en Bélgica. No sucede lo mismo con la cuestión de saber cuáles son las actas anteriores á la ley nueva que están dispensadas de la publicidad; es menester, según la ley francesa, que tengan fecha cierta de su anterioridad. Esto es una aplicación del art. 1328. Opongo una acta de venta á un tercero y pretendo que esta acta no debe ser registrada porque es anterior á la ley de 16 de Diciembre de 1851. Tengo que probar esta anterioridad; y para con los terceros la fecha sólo resulta de los hechos determinados por el art. 1328. No basta, pues, que produzca una acta privada con fecha anterior á la publicación de la nueva ley, es necesario que el acta haya recibido fecha cierta, conforme al art. 1328. A falta de fecha cierta el acta cae bajo la aplicación de la nueva ley.

SECCION III.—Formalidades de la transcripción.

§ I.—CUALES SON LAS ACTAS ADMITIDAS A LA TRANSCRIPCIÓN.

124. El art. 2 de la Ley Hipotecaria dice: «Las sentencias, las actas auténticas y las privadas reconocidas en justicia ó ante notario serán solas admitidas á la transcripción. Los poderes relativos á estas actas deberán ser dados en la misma forma.» Síguese de esto que en principio las actas auténticas solas están admitidas á la transcripción, pues si la ley permite transcribir actas privadas es bajo la condición d

que estén transformadas en actas auténticas por el reconocimiento en justicia ó ante notario. ¿Por qué la ley no admite á la transcripción las actas privadas? Esta es una grave derogación del Código Civil, el que pone en la misma línea las actas privadas y las auténticas, especialmente en materia de venta; según el art. 1582 la venta puede hacerse por acta privada ó auténtica. Si puedo vender con acta privada ¿por qué me prohíbe la ley registrar esta acta? La transcripción no es más que la copia del acta en que consta la convención. Si la ley permite á las partes contratar privadamente ¿por qué les prohíbe hacer pública el acta? Esto es derogar el art. 1582 en lo que se refiere á las ventas inmobiliarias y para todas las actas sometidas á la transcripción. Las partes pueden, en verdad, tratar privadamente; pero como sus convenciones no tendrían ningún efecto para los terceros, puesto que el acta no podría ser registrada, se ven obligados á redactar una acta auténtica de las ventas y de cualquiera acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios, así como de los arrendamientos por más de nueve años ó conteniendo recibo de tres años de rentas. ¿Cuáles son los motivos de esta derogación del Código Civil?

Esta cuestión ha sido objeto de grandes debates en Bélgica y en Francia y ha sido resuelta en diversos sentidos. La ley francesa de 1855 ha mantenido el principio del Código Civil permitiendo á las partes registrar las actas privadas; mientras que en Bélgica se derogó el Código Civil exigiendo actas auténticas para la transcripción. ¿Cuál de los dos sistemas es el mejor? En teoría, no hay duda, es el principio de la autenticidad el que mejor corresponde al objeto de la transcripción. El legislador prescribió la publicidad de las transmisiones inmobiliarias con el fin de consolidar el derecho de propiedad, poniendo á los terceros adquirentes al abrigo de toda evicción y dando á los terceros hi-

potecarios una garantía para estabilidad de sus derechos. Para asegurar y consolidar los derechos de los terceros el hecho de la transcripción no basta; es necesario, ante todo, que las actas que se registran sean estables y, tanto como es posible, inatacables. Y es seguro que las actas auténticas solas presentan esta ventaja. Hacen fe por sí mismas, mientras que las actas privadas sólo hacen fe cuando han sido vencidas ó comprobadas en justicia; basta negar la escritura ó la firma de una acta privada para que deje de dar fe; en este caso se entabla un proceso largo y azaroso para comprobar la escritura y la firma. ¿Es consolidar la propiedad el hacerla depender de una acta que por sí misma no da ninguna fe y que es difícil mantener cuando se le ataca? Esto no es todo. Las convenciones testamentarias ó declarativas de derechos reales inmobiliarios son contratos sinalagmáticos, así como los arrendamientos; luego las actas en que constan están sometidas á las formalidades del duplicado y á la mención del mismo (art. 1325). Esta es una nueva fuente de procesos y, por tanto, una nueva causa de inestabilidad. En fin, la transcripción se hace para dar á los terceros el conocimiento exacto y completo de la situación inmobiliar de aquel con quien tratan; por esto es por lo que la ley quiere que las actas estén transcriptas por entero. Esto supone que las actas están redactadas con claridad é inteligencia. ¿Debe preguntarse si las actas redactadas por las partes ó por un cualquiera pretendiéndose agente de negocios ofrecen las garantías de una buena redacción? Se puede decir mal de las actas notariadas tanto como se quiera, lo seguro es que siempre están mejor hechas que las actas privadas. Reunen, pues, bajo todos conceptos, los caracteres que debe tener una acta destinada á ilustrar á los terceros y á consolidar la propiedad inmobiliar. (1)

1 Discurso de M. Teuch, Ministro de la Justicia (Parent, ps. 224 y 225). Martou, *Comentario de la ley de 1851*, p. 132, núm. 104.

Esto es lo que dice la teoría. En el terreno de la práctica nuestra cuestión se convierte en dudosa. La ley nueva deroga el Código Civil; y no se cambia una ley antigua sino cuando ha dado lugar á inconvenientes y cuando la experiencia ha enseñado sus defectos. Cuando la Ley Hipotecaria se discutía Bélgica se regía desde medio siglo por el Código Civil; las transacciones inmobiliarias se hacían por actas privadas: ¿comprometieron estas actas los intereses de las partes contratantes ó de los terceros? Si éstos se encontraron lesionados es por la falta de publicidad y no porque las ventas se hicieran por actas privadas. Fueron los prácticos los que, en el seno de la Cámara de Diputados, atacaron la innovación que la Ley Hipotecaria traía al Código Civil. Se temen los procesos, decían los abogados; pues bien, la experiencia demuestra que las denegaciones de escrituras son muy raras; también puede uno inscribirse por falsedad contra una acta auténtica, pero no debe concluirse del derecho al hecho; y del hecho las actas privadas no dan más lugar á procesos que las actas notariadas. (1)

Hacemos nuestras reservas contra estas alegaciones: la experiencia que se invocaba contra la nueva ley no se podía hacer bajo el imperio de una ley que no prescribía la publicidad de las actas, salvo en el caso bastante raro en que el adquirente procediera á la purga. La experiencia se hará en Francia, en la que la ley de 1855 ha mantenido el sistema del Código Civil; si el legislador francés se pronunció en favor de las actas privadas se debe en gran parte al respeto que en Francia se tiene al Código Napoleón. (2) Nosotros también lo admiramos, pero no se debe cambiar la admiración por la idolatría, que entorpece el progreso. Los hechos comprobarán si la ley francesa tuvo razón en admitir la transcripción de las actas privadas.

1 Jullien, sesión de la Cámara de 30 de Enero de 1851 (Parent, p. 212).

2 Véase el informe de M. De Belleyne que discute muy bien la cuestión (Troplong, *De la transcripción*, t. I, pá. 35 á 42).

125. La ley desde luego admite la transcripción de las sentencias. Son actos auténticos; luego es una aplicación del principio de la ley. ¿Cuáles son las sentencias que se pueden presentar al conservador de hipotecas para ser transcritas? La palabra *sentencias* fué insertada en el art. 2.º, sobre la proposición de la comisión del Senado, á consecuencia del cambio de redacción que se había hecho al artículo 1.º agregándole las *sentencias que tenían lugar de convenciones ó de títulos*; son estas mismas sentencias las que la ley admite á la transcripción. (1) Se debe, pues, interpretar el art. 2.º por el art. 1.º, del que no es más que la ejecución.

Es conforme á este principio como se debe decidir la cuestión de saber si se pueden admitir á la transcripción las sentencias antes que sean pasadas á autoridad de cosa juzgada. Una circular del Ministerio de Hacienda de 22 de Mayo de 1852 contesta que la afirmativa no es dudosa; invoca el interés, del que ha obtenido la sentencia, de transcribirla lo más pronto posible, puesto que antes de la transcripción el acta que debe ser transcripta no se puede oponer á los terceros; la cuestión está, sin embargo, controvertida; (2) y en nuestro concepto la solución no es tan evidente como lo dice la circular ministerial: Creemos que la ley la zanja en un sentido contrario. El art. 2.º determina los caracteres exteriores que deben tener los actos sometidos á la transcripción; por esto dice que los actos deben ser auténticos ó privados reconocidos. Pero la ley no dice cuáles son exactos; es el art. 1.º el que dice qué actos deben y, por consiguiente, pueden ser transcriptos; deben ser los actos translativos ó declarativos de derecho reales inmobiliarios ó de

1 D'Anethác, Informe (Parent, p. 399).

2 Delebecque (núm. 29), Casier (núm. 35) y Martou (t. I, núm. 206) se pronuncian en favor de la circular. Cloes (t. I, núms. 40 bis y siguientes); ésta da un aviso contrario.

arrendamientos que excedan de nueve años ó contengan pago á lo menos de tres años de rentas. Sucede lo mismo con las sentencias. ¿Qué sentencias pueden ser transcriptas? Las que deben serlo conforme al art. 1.º, luego las *pasadas á autoridad de cosa juzgada* que hacen de convenciones ó de títulos. En vano se dice que no había ninguna razón para exigir que la sentencia fuese pasada á autoridad de cosa juzgada, puesto que desde que hay una sentencia hay una acta. Martou concluye que las palabras *pasada á autoridad de cosa juzgada* se insertarían en la ley por descuido. ¿Qué importa? Se encuentran y el intérprete no debe desvanecerlas; está encadenado por el texto y debe decidir que la sentencia no tiene lugar de convención ó de título y que, por consiguiente, no debe ser transcripta sino cuando ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. Hay, además, otro motivo. ¿Cuál es el objeto de la transcripción? El hacer públicas las actas ó sentencias que comprueban una mutación inmobiliar. Para que una sentencia pueda y deba ser transcripta se necesita que presente el mismo carácter de irrevocabilidad que el acta notariada. Esta es definitiva; el notario no puede ni modificarla ni revocarla. ¿Sucede lo mismo con la sentencia? Nó, en tanto que no se pase á autoridad de cosa juzgada, pues que de un momento á otro puede ser nulificada por apelación ó por oposición. Se objeta que el acta debe ser transcripta aunque compruebe una convención condicional. La objeción comprende el *acta*; es decir, el instrumento, el escrito, con la convención; luego desde que hay una acta debe ser transcripta; pero el acta no lo es jamás. Nunca hay dos actas para una convención; luego desde que hay una acta debe ser transcripta, aun cuando la convención fuera condicional; mientras que muy amenudo hay dos decisiones judiciales de las que la primera puede ser nulificada por sólo el efecto de que apelen de ella ó de la oposición. Es, pues, muy lógico transcribir sólo la decisión de-

finitiva, la única, después de todo, que toma el lugar de convención ó de título; la única, por consiguiente, que puede oponerse á los terceros.

126. La ley admite, en segundo lugar, á la transcripción las actas auténticas. Entendiendo por ellas las actas notariadas. En efecto, se trata de actas que comprueban convenciones translativas ó declarativas de derechos reales inmuebles, tales como las donaciones, ventas ó divisiones y particiones de inmuebles. Y los notarios únicamente tienen el derecho de recibir las convenciones á las que, como en la especie, las partes deben dar la autenticidad (ley de 25 Ventoso, año XI, art. 1.º) Tal es la regla, puede tener excepciones, pero para esto se necesitan leyes terminantes, pues sólo el legislador tiene el poder de determinar las atribuciones de los oficiales públicos encargados de instrumentar.

El Código de Procedimientos (art. 54) da al juez de paz el derecho de redactar procesos verbales de los arreglos que tengan las partes que comparecen ante él para conciliarse. Si dichos arreglos son una convención sometida á la transcripción ¿se admitirá como acta auténtica el proceso verbal redactado por el juez de paz? La afirmativa es cierta porque el juez de paz es un funcionario público encargado por la ley de recibir las convenciones de las partes que se presentan ante él para conciliarse; se puede aplicar al proceso verbal que contenga sus arreglos la definición que el artículo 1317 da del acta auténtica; lo que es decisivo. Hay, sin embargo, un motivo para dudar en lo que agrega el artículo 54: «Las convenciones de las partes, insertadas en el proceso verbal, tienen fuerza de obligación privada.» ¿Significa esto que el proceso verbal está asimilado á una acta privada? Nó; la ley, como ya lo hemos dicho, entiende decir que el proceso verbal no tiene fuerza ejecutoria; es pues, una acta auténtica, pero sin una de las ventajas que presenta el

acta notariada. Y la fuerza ejecutoria del acta es indiferente cuando se trata de transcribirla; lo que interesa es que el acta haga fe como auténtica, y este carácter no podría ser contestado en el proceso verbal de conciliación (t. XIX, núm. 104). (1)

Hay todavía un funcionario administrativo al que la ley confiere el derecho de recibir ciertas convenciones; conforme á la ley de 8 de Marzo de 1810 sobre la expropiación (art. 12) los prefectos, reemplazados en Bélgica por los gobernadores, pueden recibir las actas de cesión voluntaria consentidas por los propietarios expropiados. Estas actas se redactan en la forma de las de administración, y queda la minuta depositada en los archivos del gobierno provincial. Son auténticas, puesto que se les puede aplicar la definición del art. 1317: es un oficial público el que las pasa, tiene el derecho de instrumentar en la especie y suponemos que el escrito está redactado con las solemnidades requeridas. De donde se sigue que dichas actas están admitidas á la transcripción.

127. En fin, la ley recibe á la transcripción los actos privados reconocidos en justicia ó ante un notario. Habiendo dicho ya lo que se entiende por actos *reconocidos judicialmente*. No basta con que en el curso del proceso una de las partes reconozca un escrito por acta, se necesita la intervención de la justicia; es decir, una sentencia que dé acta de reconocimiento. Esto es lo que el art. 2123 llama un reconocimiento ó verificación en juicio. El reconocimiento voluntario y la verificación á falta de aquel dan lugar á un procedimiento que está arreglado por el Código Judicial (Código de Procedimientos, arts. 193 y siguientes). Si el demandado reconociera el escrito, dice el art. 194, la *sentencia* dará acta al demandante; si el demandado no compareciere se le tendrá por convicto, lo que aun se hace por

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, p. 139, núm. 109.

sentencia, y el escrito se tendrá por reconocido. Cuando el demandado niega la firma que se le atribuye ó declara no reconocer la que se atribuye á un tercero la comprobación se hace en las formas trazadas por el Código de Procedimientos, y una sentencia declarará el escrito reconocido. (1)

Síguese de esto que el reconocimiento hecho ante el juez de paz, actuando en conciliación, no se admitiría al registro. En efecto, no es una convención constando en acta, no es una sentencia, puesto que el magistrado conciliador no pronuncia sentencia; luego este reconocimiento no se encuentra en los términos del art. 2, y estos términos son restrictivos: *sólo se admiten á la transcripción, dice la ley, las actas que enumera.*

128. La ley coloca en la misma línea el reconocimiento hecho ante notario. Este reconocimiento da lugar á algunas dificultades. Se trata de transformar una acta privada en acta auténtica; es, pues, necesario que el notario reciba el acta por la que las partes reconocen ante él el escrito que le presentan; es decir, declaren que consintieron las convenciones que constan en él. ¿Es necesario que el acta levantada por el notario contenga copia de la escritura privada? En nuestro concepto sí; sólo es con esta condición como una escritura privada se vuelve auténtica en el sentido del art. 2 de la Ley Hipotecaria. Se enseña, sin embargo, que basta con una mención sumaria de los elementos esenciales del acta. (2) Esto nos parece dudoso. Es el acta de reconocimiento la que se registra; es, pues, necesario que esta acta reproduzca íntegramente las convenciones fijadas por las partes y consignadas en el escrito privado, si no el objeto de la ley no queda alcanzado *por entero*; y el

1 Delebecque, *Comentario legislativo*, p. 53, núm. 50. Casier, *Estudios*, p. 53, núm. 42. Oloes, *Comentario*, t. I, p. 66, núms. 131 y 132. Martou, *Comentario*, t. I, p. 141, núm. 113.

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 143, núm. 116.

acta, en el caso, es el escrito privado revestido con las formas de la autenticidad.

Hemos dicho en otro lugar que una acta de depósito no bastaba. La opinión contraria está generalmente admitida. Es necesario entenderse. La ley quiere que el acta privada, para ser admitida á la transcripción, esté reconocida ante notario; y una simple acta de depósito no implica reconocimiento, sólo tiene por objeto, como todo depósito, la guarda y conservación del escrito. Si al depositar el acta en casa de un notario las partes lo reconocen, el acta es, á la vez que una acta de depósito, de reconocimiento, y, por consiguiente, se le admitirá á la transcripción. ¿Deberá en este caso ser relatada por entero el acta levantada por el notario? Si el escrito está anexado al acta de reconocimiento y colocado entre las minutas del notario la copia del escrito es inútil, el escrito original anexado al acta lo substituye. El acta de depósito, en estas condiciones, será una de reconocimiento y, con este título, admitida á la transcripción. (1) Es verdad que hay una diferencia esencial entre el depósito y el reconocimiento: el depósito puede hacerse por una de las partes, mientras que el reconocimiento debe necesariamente proceder de ambas partes contratantes; esto es, pues, una nueva convención destinada á transformar la primera, imprimiéndole el carácter de autenticidad. De esto se sigue que el acta de depósito no valdrá reconocimiento más que si fué hecha por ambas partes.

129. Las actas privadas anteriores á la Ley Hipotecaria están admitidas á la transcripción sin haber sido reconocidas. Esto se dijo cuando la discusión por el Relator de la Comisión de la Cámara de Diputados en contestación á la interpelación de M. de Theux. (2) Estas actas no tienen que ser

1 Troplong, *Hipotecas*, núm. 506. Martou, *Comentario*, t. I, p. 143, núm. 117.

2 Sesión de 25 de Febrero de 1851 (Parent, p. 378).

registradas, como lo hemos dicho más atrás (núm. 122). Las convenciones que constan en actas privadas anteriores á la nueva ley han transferido la propiedad para con los terceros: están asimiladas á actas translativas; se debía, en consecuencia, permitir á las partes interesadas hacerlas registrar. Es para poner á las partes en condición de aprovechar del beneficio de sus derechos adquiridos por lo que la ley de 3 de Septiembre de 1851 fué promulgada; dice así: «En los dos meses que seguirán á la publicación de la presente ley las actas privadas, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios y las en que constan arrendamientos de inmuebles que no están registradas, podrán ser sometidas, sin multa y mediante pago del simple derecho, á esta formalidad, así como á la del timbre y de la transcripción.» Siempre que estas actas hayan sido registradas y que por esto hayan adquirido fecha cierta de su anterioridad á la Ley Hipotecaria pueden todavía ser transcriptas después de la publicación de la nueva ley, por la razón dada por el Sr. Lelièvre; hay derecho adquirido en el espíritu de la Ley Hipotecaria; la propiedad está transferida para con los terceros; la transcripción del acta anterior no tiene ya por objeto transferir la propiedad para con los terceros. Ya no tiene más que un objeto de publicidad: dar á conocer á los terceros que la propiedad está transferida para con ellos desde la fecha del registro. (1)

130. El art. 2 de la Ley Hipotecaria agrega: «Los poderes relativos á estas actas deberán ser dados en las mismas formas.» Según el art. 1985 «el mandato puede ser dado por acta pública ó por acta privada, hasta por carta.» ¿Por qué quiere la ley que los poderes relativos á las actas sometidas á la transcripción sean auténticos? M. Lelièvre contesta en su primer informe suplementario: «La ley exige que la voluntad de las partes esté manifestada por acta irrecusable, cuya

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 144, núm. 119.

existencia no puede ser desconocida. Este mandato, además, debe participar de la naturaleza del acta á la que es relativo y, por consiguiente, es indispensable que esté revestido, como esta última, del carácter auténtico que sólo asegura su sinceridad de un modo incontestable.» (1) Esto era una simple opinión enunciada por el Relator; la Comisión del Senado creyó que valía mejor formular el principio en la ley. (2) En su informe acerca de la reforma adoptada por el Senado M. Lelièvre dice que el principio no es dudoso, que ya Merlin lo había enseñado en términos enérgicos que cree deber relatar. Haremos lo mismo. Merlin es poco leído por nuestros jóvenes estudiantes; ya se ha hecho antiguo, pero este anciano es, con mucho, superior á los modernos:

«La forma del mandato está necesariamente subordinada á la forma esencial del acto que tiene por objeto; y si este acto es de naturaleza á exigir para su perfección la intervención de un oficial público es necesario igualmente que un oficial público intervenga en el mandato. El art. 933, que exige la autenticidad del poder para la aceptación del donatario, no debe considerarse como una excepción á la pretendida disposición absoluta del art. 1985 sino como una aplicación de esta regla de buen sentido; que el poder, siendo el principio del acto é identificándose con él, no puede ser dado privadamente cuando el acto mismo sólo puede ser hecho bajo la forma auténtica.» (3)

131. Una circular ministerial de 22 de Mayo de 1852 no tuvo en cuenta esta fuerte argumentación y admite que la transcripción puede tener lugar aunque el mandato sea verbal. El motivo que alega es aún más extraño que la doctrina: sólo cuando las partes dan poder por escrito es cuan-

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 187).

2 D'Anethán, informe [Parent, p. 399. Martou, t. I, p. 146, núm. 120].

3 Merlin, Repertorio, en la palabra *Hipoteca*, sec. II, pfo. 2, art. X.

do deben hacerlo por acta auténtica; pero quedan libres para dar un mandato verbal, según los términos del artículo 1985. Esta es una opinión, mejor dicho, un error que basta exponer para refutarlo. ¡Y qué! la ley ordena que la convención conste en acta auténtica si las partes quieren registrarla; ¡y uno de los elementos esenciales de la convención, el consentimiento de una de las partes, podría darse sin ninguna forma! Esto es como si se dijera que la hipoteca y la donación pueden hacerse verbalmente. Inútil es insistir. (1)

132. ¿Debe aplicarse á la autorización marital lo que la ley dice de los poderes? La cuestión está controvertida. Uno de nuestros mejores autores se pronuncia por la afirmativa porque, dice, hay igual motivo para decidir. (2) La analogía es amenudo un argumento engañoso. ¿No será aquí el caso? Grande es la diferencia entre el poder dado para consentir y la autorización que cubre la incapacidad de la mujer. Sin poder no hay consentimiento, luego no hay acta y, por tanto, no hay transcripción posible; mientras que la autorización es extraña á la convención, es una medida de protección y un acto de potestad marital; sin duda la convención contratada sin autorización puede ser anulada, pero existe, produce sus efectos mientras no está anulada; puede y debe ser transcripta, aunque no hubiera autorización; con más razón debe serlo si la autorización fué dada y si sólo está viciada en la forma, suponiendo que la forma antes bien esté requerida. No entraremos en los pormenores de la controversia por haber sido tratada ya (t. III, núm. 119).

133. ¿Las actas hechas en el extranjero pueden ser transcritas en Bélgica? Un primer punto es cierto: que la ley

1 Martou, Comentario, t. I, p. 147, núm. 121.

2 Martou, Comentario, t. I, p. 151, núm. 127. En sentido contrario, Casier, Estudios, p. 57, núm. 47, y Oloca, Comentario, t. I, p. 74, núms. 146 y 147.

que prescribe la transcripción es un estatuto real que se aplica á los inmuebles situados en territorio belga, cualesquiera que sean los propietarios de dichos inmuebles, belgas ó extranjeros. Nos trasladamos acerca de este punto á lo dicho en el primer libro en el art. 3^o (t. I, núm. 102). La forma de las actas admitidas á la transcripción es, igualmente, un estatuto real, pues que si la ley no admite la transcripción más que en las actas auténticas es para consolidar la transmisión de la propiedad inmobiliar. Este, pues, no es el caso para aplicar la regla según la cual las formas de las actas se determinan por la ley del lugar en que se tira el acta; esta regla sólo se refiere á las formas instrumentarias que tienen por objeto asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes; y la autenticidad de las actas que deben ser transcriptas nada tiene de común con la expresión de la voluntad de las partes; tiene únicamente por objeto hacer estable la adquisición de la propiedad. Lo que es decisivo.

Queda por saber cuándo una acta recibida en el extranjero será auténtica. Aquí el adagio *Locus regit actum* vuelve á tomar su imperio. La Ley Hipotecaria lo aplica á las hipotecas consentidas en países extranjeros; estas hipotecas son válidas con tal de que se hayan constituido por acta auténtica, pero no tienen efecto en Bélgica más que cuando las actas hayan sido visadas por el presidente del tribunal del lugar de los bienes. "Este magistrado, dice el art. 77 está encargado de comprobar si las actas reúnen todas las condiciones necesarias para su autenticidad en el país en que se recibieron." Este principio se aplica también á las actas sometidas á la transcripción que han sido tiradas en países extranjeros, en el sentido de que son admitidas á la transcripción en Bélgica si se han recibido conforme á las leyes del país del que proceden. ¿Pero se necesita que el presidente la visa? Generalmente se admite la negativa. Esta

formalidad, se dice, está requerida para que el acta sea ejecutoria, y la transcripción no es una acta de ejecución forzada, es una simple publicidad de una acta auténtica. ¿Quién comprobará si las formas prescriptas por la ley extranjera han sido observadas? ¿Es el presidente del tribunal, conforme al art. 77? Nó; las formalidades no se extienden de un caso á otro por vía de analogía. Se debe, pues, decidir que el conservador de hipotecas debe hacer dicha comprobación. (1) Esta doctrina nos deja alguna duda. Desde luego no admitimos la interpretación que se da al art. 77; en nuestro concepto esta disposición es extraña á la fuerza ejecutoria del acta; la formalidad de la rúbrica está requerida para que el acta sea reputada auténtica en Bélgica; es decir, para que la hipoteca exista como acta solemne. El principio establecido por el art. 77 es, pues, que la hipoteca no es una acta solemne sino en virtud de la rúbrica. Y la transcripción tampoco se puede hacer sino en virtud de una acta auténtica. ¿Se concibe que una acta recibida en el extranjero valga en Bélgica para la transcripción sin la rúbrica, mientras que podría ser incripta sin dicha formalidad? ¿Conservaría por esto el privilegio del vendedor y no conservaría la hipoteca de un acreedor hipotecario? ¿Habría una anomalía inexplicable? Sin duda las formalidades no se extienden de uno á otro caso; pero en la especie se trataba de una sola y misma formalidad, puesto que la inscripción y la transcripción son idénticas en el sentido de que constituyen la publicidad requerida para que los derechos reales inmobiliarios tengan efecto para con los terceros; ¿qué importa que esto se haga por vía de inscripción ó de transcripción?

En teoría esto nos parecería incontestable. Sin embargo, en el silencio de la ley el conservador no podría negarse á transcribir una acta que no estuviese revestida con la rú-

1 Casier, *Estudios*, p. 56, núm. 45. Martou, *Comentario*, t. I, p. 152, números 128.

brica del presidente, puesto que no hay ningún texto terminante que exija dicha formalidad. Entonces nace la cuestión de saber cuál sería el efecto de la transcripción. En nuestra opinión equivaldría á la transcripción de una acta cuya autenticidad no estuviera establecida y pudiera, por consiguiente, ser contestada. Las partes interesadas harían, pues, prudentemente en someter á la rúbrica del presidente las actas que quisieran presentar á la transcripción.

Aquí surge nueva dificultad. ¿Podría el presidente negarse á visar? En rigor sí, puesto que ninguna ley le da la misión de visar las actas sometidas á la transcripción. ¿Pero no sería esto apegarle servilmente á la letra de la ley? Si se admite que una acta no es auténtica en Bélgica más que en virtud de la rúbrica el presidente debe tener calidad para rubricar las actas recibidas en el extranjero, sin distinguir si dichas actas están sometidas á la inscripción ó á la transcripción; si hay duda ó sólo contestación sobre la autenticidad del acta presentada al conservador éste obrará prudentemente transcribiéndola, pues que no es juez de la validez de los actos que transcribe; si se niega sin motivos suficientes la parte interesada podrá promover judicialmente contra él para obligarlo á transcribirla y pedir los daños y perjuicios. Esto nos conduce á examinar cuál es el derecho ó el deber del conservador en lo que se refiere á la transcripción de las actas que se le presentan.

134. ¿Debe el conservador de hipotecas transcribir todos los actos de los que se le pida transcripción? Se supone que el acta no debe de ser transcripta ó que no puede serlo porque no presenta las condiciones de forma exigidas por el artículo 2. La cuestión está controvertida y la solución es dudosa. En principio el conservador no debe transcribir más que los actos que, conforme á la ley, deban serlo y que conforme al art. 2 están admitidos á la transcripción. El art. 130 lo dice implícitamente: «En ningún caso los con-

servadores pueden negarse á la transcripción, bajo pena de daños y perjuicios para las partes» (art. 199). Este artículo supone que el conservador se niega á transcribir una acta de la que las partes tienen el derecho de exigir la transcripción, puesto que la ley somete al conservador á los daños y perjuicios, y ciertamente no habría lugar á ellos si el conservador se negase á operar una transcripción que las partes no tienen el derecho de requerir. Lo que prueba que su negativa sola á transcribirlas no hace responsable al conservador. Desde luego no se puede decir que esté obligado á transcribir toda acta que se le presente. (1)

Se presenta al conservador una acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios: ¿está obligado á transcribirla? No, puesto que esta acta no debe ser transcripta y el conservador no puede estar obligado á transcribir todas las actas que plazca á una persona hacer transcribir. Además la negativa no daría lugar á responsabilidad, puesto que no puede resultar ningún daño de la no transcripción de una acta que la ley no ordena se transcriba.

Se presenta al conservador una acta que, conforme al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, debería ser transcripta, pero no tiene los caracteres requeridos por la ley; es una acta privada, por ejemplo. ¿Debe transcribirla el conservador? No, pues que las actas privadas no están admitidas á la transcripción. La negativa del conservador no lo haría responsable, puesto que no puede resultar ningún daño.

En el caso que acabamos de suponer la decisión no es dudosa, puesto que el conservador obra en virtud del texto de la ley. Desde que hay duda, la prudencia ordena al conservador transcribir, puesto que no es él el juez de la cuestión de saber qué acta debe ser transcripta y cuál no lo puede

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 73, núm. 50. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 26, núm. 40. Compárese Delebecque, *Comentario*, p. 37, núm. 29. Sobre la doctrina francesa véase Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 431, números 215 á 217.

ser: es el tribunal; al transcribir el acta no compromete ningún interés, mientras que al negarse á transcribir puede causar un perjuicio al que requiere la transcripción; y el art. 130 lo declara responsable de su negativa desde que resulta un daño. Volveremos sobre el principio de la responsabilidad en el capítulo sitio de la materia.

135. ¿Puede suceder que el conservador transcriba una acta nula en la forma ó en el fondo? ¿Cuál sería el efecto de la transcripción? La transcripción no valida el acta; queda como estaba. Esto es de evidencia. Si, pues, el acta era nula en el fondo, mejor dicho, si la convención comprobada por el acta era nula, quedaría nula y, por consiguiente, no habrá mutación inmobiliar. Si el acta era solamente nula en la forma en el sentido de que no presentaba los caracteres exigidos por la ley puede ser admitida á la transcripción, esta sería nula y, por consiguiente, el acta no podría ser opuesta á los terceros. ¿Pero cuándo será nula la transcripción? La ley no prevee la dificultad, no pronuncia la nulidad. Si se la admite no puede ser más que una nulidad virtual; es decir, una nulidad fundada en la voluntad tácita del legislador; y dicha voluntad se induce por la naturaleza del acta y de la importancia de las formalidades que la ley prescribe. Para apreciar esta importancia se puede invocar por analogía la disposición de la Ley Hipotecaria relativa á la nulidad de la inscripción. La analogía es incontestable, pues que la publicidad de las hipotecas y la publicidad de las actas declarativas ó translativas de derechos reales inmobiliarios, así como de los arrendamientos, tiene el mismo objeto: dar á conocer á los terceros la situación inmobiliar del propietario con el que tratan. En cuanto al principio establecido por la nueva ley (art. 85) resulta del objeto mismo que el legislador tuvo presente al prescribir la publicidad: quiso poner al corriente á los terceros y garantizarlos de todo perjuicio que les resultara de la ignorancia en que

están del acta que ha transferido la propiedad de un inmueble. Si la transcripción, aunque irregular, les ha mostrado lo que tenían interés en saber no pueden decir que están lesionados, el objeto de la publicidad está alcanzado; por tanto, no há lugar á prevalecerse de la irregularidad de la transcripción para provocar la nulidad. Si, al contrario, la irregularidad es de tal naturaleza que haya inducido á los terceros al error, y si esto les ha sido perjudicial, el objeto de la publicidad no está alcanzado; es decir, que los terceros podrán invocar la irregularidad para sostener que la transcripción es nula, que el acta se debe considerar como no haberse transcrito y, por tanto, que no les puede ser opuesta. La cuestión de nulidad se convierte también en un asunto de perjuicio, luego una cuestión de hecho. No bastará con que los terceros prueben que la transcripción es irregular sino que es menester que prueben que la irregularidad les ha sido perjudicial. (1)

Supongamos que el conservador haya transcrito una acta recibida en el extranjero creyéndola auténtica y no siéndolo. La transcripción es irregular: ¿resulta que es nula? Nó; si el acta transcripta hiciese conocer de una manera clara y exacta la convención que debía ser transcripta el tercero que consultara el registro de las transcripciones tendría conocimiento completo de lo que le interesa conocer: que tuvo lugar una venta; si se prevalece de la irregularidad de la transcripción y trata, sin embargo, con el propietario es de mala fe; y los terceros culpables de fraude no pueden invocar la falta de transcripción.

Si, al contrario, el conservador hubiese transcrito el acta de depósito de un escrito privado y que la transcripción no hiciese conocer al tercero que consulta el registro todas las cláusulas de la venta esta publicidad insuficiente lo induciría al error; si el error le es perjudicial puede preva-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 153, núm. 129.

leerse de la irregularidad para pedir la nulidad de la transcripción, pues que á su respecto la transcripción no alcanzó el objeto que la ley se propuso; luego debe considerarse como inexistente.

Si la transcripción es anulada el que ha hecho transcribir el acta se encontrará en pérdida; ¿tendrá una acción en daños y perjuicios contra el conservador? Si si la irregularidad le es imputable; lo que sucedería muy rara vez, pues el conservador sólo está obligado á transcribir el acta que se le presenta. Puede, sin embargo, suceder que la copia sea incompleta por culpa suya ó de sus dependientes; en este caso será responsable. Volveremos al principio de la responsabilidad al explicar el capítulo que trata de la materia.

§ II.—¿CÓMO SE HACE LA TRANSCRIPCIÓN?

136. La ley (art. 1^o) quiere que el acta se transcriba *por entero*. No se hace siempre en esta forma la publicidad; las hipotecas y privilegios se hacen públicos por vía de inscripción y no contienen más que lo que la ley quiere que se mencione, menciones que deben ser inscriptas en un *bordereau* (expediente) conforme al que el conservador hace la inscripción; el *bordereau* lo redacta el requirente. También hay actas relativas á los derechos reales inmobiliarios, de los que la ley prescribe la publicidad por vía de inscripción; tales son las demandas en nulidad de una acta translativa de derechos reales inmobiliarios y las acciones recaídas sobre dichas demandas. ¿Por qué la ley no se ha contentado con una inscripción para la translación de derechos reales inmobiliarios así como para las actas declarativas y para los arrendamientos?

La cuestión ha dividido á los mejores espíritus en Bélgica y en Francia. Se ha dicho en favor de la inscripción que es un sistema menos repugnante y más fácil; las actas que se copian por entero son frecuentemente muy grandes;

por consecuencia, la publicidad se hace dispendiosa, lo que puede comprometer á las partes interesadas á no transcribirlas en su perjuicio,

La transcripción completa de los actos aun tiene otro inconveniente: aglomera los archivos del conservador y, por consiguiente, hace las revisiones más difíciles y menos seguras. Pero la inscripción presenta también peligros que la han hecho desechar en Francia y Bélgica. Si se confiara á las partes interesadas la redacción del *bordereau* su ignorancia ó la incuria de aquellos á quienes encargan este cuidado conducirá á inscripciones irregulares, y la nulidad de la inscripción tendrá este resultado desastroso: que el adquirente no será propietario para con los terceros; la nulidad de las inscripciones hipotecarias ha arruinado á muchos; la nulidad de las transmisiones inmobiliarias será aún más ruinosa. ¿Se confiará la redacción de la inscripción al conservador de hipotecas? Esto sería imponerle una espantosa responsabilidad y casi imposible. La transcripción evita estos peligros y es de ejecución fácil; es un trabajo material del que es fácil comprobar la regularidad. (1)

137. Ahora debemos precisar lo que la ley entiende por *transcribir por entero*. El objeto que la ley tuvo presente determina el asunto: no quiere extracto analítico, es decir, análisis del contrato sometido á la transcripción, porque este resumen podría inducir al tercero al error en vez de ilustrarlo. Cuando, pues, el contrato que debe ser transcrito es único debe ser copiado tal como ha sido redactado por el oficial público que lo recibió, no sólo sin cambiarle nada sino tampoco reduciéndolo. (2) Si el acta sujeta á la transcripción contuviera varias convenciones no debe ser nece-

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 107). Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 439, núm. 218.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 283, núm. 124. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 442, núm. 219.

sariamente transcripta toda; cada convención forma un hecho jurídico distinto; luego depende de las partes interesadas hacerlas transcribir separadamente; puede también mandarse transcribir una y otra no, no siendo obligatoria la transcripción. Puede también suceder que una de dichas convenciones no esté sujeta á la transcripción; en este caso se dividirá el acta y sólo se transcribirá la convención que por su naturaleza deba hacerse pública. Tal sería la venta de una casa y de su mobiliar con distintos precios para ambos. Dicha acta contiene dos ventas, una mobiliar y otra inmobiliar; la primera no debe de ser transcripta, la segunda únicamente está sometida á la transcripción; está permitido en este caso dividir el acta; sólo se transcribirá la parte referente á la venta inmobiliar; transcribiendo esta parte por entero se satisface á la ley; sería, al contrario, traspasarla y violarla el transcribir una venta mobiliar que no tiene que ser publicada. Asimismo si una venta inmobiliar se hiciera en varios lotes cada lote es objeto de un contrato separado aunque el notario redacte sólo una acta; toca á los terceros adjudicatarios transcribir su adquisición, si quieren. Cada venta será, pues, transcripta aparte, sin que aquel que requiera la transcripción esté obligado á mandar transcribir las demás ventas; lo que la ley exige es que la parte del acta relativa á la convención que el comprador quiere hacer pública esté transcripta por entero. Todo el mundo está de acuerdo acerca de esta disposición. (1)

138. Síguese de esto que el conservador debe transcribir, si se le pide, una sola parte de una acta si ésta contiene una convención distinta. Pero podría y debería negarse á transcribir un extracto analítico del acta que, según la ley, debe transcribirse por entero. El conservador debe obedecer á la ley y es reponsable si la viola, y esta violación cau-

¹ Martou, *Comentario*, t. I, p. 76, núm. 53 y p. 75, núm. 51. Casier, *Estudios*, p. 40, núm. 24. Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 442, núm. 220.

sa un perjuicio á un tercero. Y la ley quiere que el acta esté transcripta por entero; transcribir un extracto sería violar la ley, y si el extracto hubiera inducido al error á un tercero éste tendría una acción por daños y perjuicios contra el conservador. La cuestión se presentó bajo el imperio del Código Civil que prescribía la transcripción como preliminar de la fuerza; el art. 2181 exigía también que el acta fuera transcripta por entero; fué sentenciado que el conservador podía negarse á transcribir un extracto analítico. (1)

139. La transcripción por entero presenta otra dificultad: si hay piezas accesorias anexadas al acta, tales como poderes, autorizaciones, ¿estas piezas deben ser también transcritas? La cuestión se ha presentado ante la Corte de Casación de Bélgica. Descansa en el principio de que las actas que forman un elemento del título translativo de propiedad deben ser transcriptas cuando son parte integrante del acta, la que no estaría completa sin este accesorio; pero si se trata de un documento que, aunque relacionándose con la convención, no es parte esencial de ella no tiene que transcribirse. Este principio se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria quiere que se transcriban por entero las actas translativas de propiedad, luego la convención por la cual la propiedad está transferida; todos los elementos de la convención deben, pues, ser hechos públicos, pero las piezas que no son relativas á un elemento de la convención no tienen que ser transcriptas. Se ha objetado contra la transcripción la aglomeración que resultaría de ella en los archivos del conservador de hipotecas; esto es una razón decisiva para no transcribir documentos sin los que la convención es completa, puesto que esto sería recargar los archivos con escrituras muebles en este sentido: que se encuentran depositados en otra parte y que

¹ Véanse los testimonios en Martou, *Comentario*, t. I, p. 73, núm. 50.

las partes interesadas están libres para consultar el depósito donde se hallen.

En el caso se trataba de saber si la sentencia que ordena una venta de inmuebles pertenecientes por indiviso á un mayor y un menor de edad debe ser transcripta con el acta de adjudicación. La Corte decidió, como lo había hecho la sentencia atacada, que la sentencia que ordena la venta no tiene que transcribirse. Esto es una medida de protección para el menor, quien podía pedir la nulidad de la venta si las formas protectoras exigidas por la ley en su interés no fueron llenadas. Pero esta sentencia y estas formas son extrañas al acta considerada como convención translativa de propiedad; el acta de adjudicación, haciendo abstracción de la sentencia que ordenó la venta presenta, un todo completo; el conservador debe, pues, transcribirla; no tiene misión ni calidad para comprobar si las formalidades prescritas por interés del menor han sido observadas; las partes interesadas que quieren comprobar este hecho pueden informarse en la secretaría. En cuanto al conservador sólo debe transcribir el acta que opera la trasmisión de la propiedad, y la sentencia que ordena la venta no opone seguramente la mutación, es extraña á las condiciones esenciales del contrato; luego no tiene que ser transcripta. Es el acta de adjudicación, dice la Corte, la que constituye por sí mismo, é independientemente de cualquier otro documento, el título en que consta la transmisión de la propiedad, y éste título sólo tiene que transcribirse. (1)

140. ¿Debe aplicarse al poder lo que la Corte dice de las sentencias que ordenan la venta? Nó, la resolución que acabamos de relatar establece, por el contrario, una diferencia entre estos dos hechos jurídicos; la Corte de Casación dice que la sentencia que ordena la venta de un bien no presenta los caracteres de un poder dado al tutor; esto es decir

1 Denegada, 1.º de Mayo de 1868 (Pasicrisia, 1869, 1, 300).

que el poder forma un elemento esencial de la convención. La distinción es muy jurídica. ¿Cuál es la condición esencial de toda convención? Es el consentimiento; y cuando el consentimiento se da por poder es el poder el que la comprueba; el poder es, pues, un elemento esencial del acta translativa de propiedad, pues esta acta no existiría sin el consentimiento. El mismo texto de la Ley Hipotecaria confirma esta interpretación. Cuando una acta recibida en el extranjero tiene que ser transcripta en Bélgica el art. 77 quiere que el presidente del tribunal compruebe si reúne todas las condiciones necesarias para su autenticidad, según las leyes del país en que fué pasada. Esta comprobación no se limita al acta principal, se extiende á los poderes que, dice el art. 77, son su *complemento*.

Este motivo es decisivo y responde á las objeciones que han sido hechas, pues la cuestión está muy controvertida. La circular ministerial de 22 de Mayo de 1852 decide la cuestión en sentido contrario, invocando una sentencia de la Corte de Casación pronunciada sobre conclusiones de Merlin. (1) Sin duda, dice Merlin, la transcripción sería nula si el poder no existiera, y la enunciación del poder en el contrato de venta no bastaría para probar que el poder existe. Pero esto no prueba que el poder debe ser transcripto; la ley sólo exige la transcripción del contrato. Sí, pero quiere que el contrato esté transcripto *por entero*; el art. 2181 lo exige, así como el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. ¿Y hay que preguntar si hay contrato sin consentimiento y si hay acta completa en que conste la convención cuando el acta no comprende la prueba del consentimiento? Esto decide la cuestión, pues sólo es el poder, en el caso, el que prueba el consentimiento. El es, pues, como dice

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Transcripción*, pfo. 3.º En el mismo sentido, Cassier, *Estudios*, p. 59, núm. 150. Compárese Oloes, *Comentario*, t. I, p. 79, núm. 157.

nuestra ley, el *complemento* del acta; sin poder el acta sería incompleta; por tanto, el acta no está transcrita *por entero* más que si el poder lo está á la vez que el acta. (1)

¿Es necesario, después de esto, contestar á Troplong, quien dice que no es el poder el que transfiere la propiedad, que es la venta *consentida* en virtud de este poder? (2) ¿Preguntaremos en qué acta consta el consentimiento dado por la venta? Luego el poder es un elemento esencial del acta que transfiere la propiedad: Troplong pone en la misma línea el poder y las formalidades de la deliberación del consejo de familia y de la sentencia que precede á la venta de los bienes de un menor. Esto es confundir hechos jurídicos esencialmente diferentes. El poder reemplaza el consentimiento, del que es la constancia, mientras que las formalidades que la ley prescribe para la enajenación de bienes de menores no tiene nada de común con el consentimiento ni con ningún elemento esencial de la convención; son garantías para el menor, de las que sólo el incapaz puede prevalecerse.

141. ¿Dónde debe hacerse la transcripción? La Ley Hipotecaria (art. 1.º) quiere que el acta esté transcrita en la oficina de conservación de hipotecas en cuya jurisdicción están situados los bienes. ¿Por qué en aquella oficina más bien que en cualquiera otra? Es por interés de los terceros: es menester que sepan á qué oficina tienen que ir para saber de las transcripciones que han podido hacerse, y es naturalmente á la oficina de la jurisdicción en donde están ubicados los bienes á la que se dirigirán. Si la transcripción se hiciera en otra oficina sería inoperante, pues los terceros no la conocerían; se trata, pues, de una formalidad esencial de la publicidad; sólo existe realmente cuando se hace en la oficina indicada por la ley. Es necesario exceptuar siempre la

1 Marton, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 73, núm. 50.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 284, núm. 126 y 127.

mala fe de aquellos que tuvieran conocimiento de la transcripción hecha en otra oficina y que alegan después que la transcripción es nula; la ley protege la buena fe y no la mala.

Si los bienes comprendidos en el acta sujeta á transcripción están situados en varias jurisdicciones la transcripción debe hacerse en todas las oficinas, siempre por interés de los terceros. (1) La prescripción de la ley no deja ninguna duda acerca de este punto. El registro del conservador debe mencionar todas las mutaciones que se hacen en su jurisdicción. Sería incompleta é induciría en error á los terceros si no contuviera la transcripción del acta que transfiere la propiedad de un inmueble ubicado en la jurisdicción de su oficina. ¿Qué importa que esta transcripción esté hecha en otro lugar? No es en aquella oficina á la que las partes se dirigirán, se equivocarían, y el objeto de la publicidad es precisamente evitar que se les engañe.

142. La transcripción es una copia literal: ¿de qué? El texto de la ley no lo dice, pero la cuestión no es dudosa. Es naturalmente la copia del acta original, pero se trata de saber si la minuta de esta acta debe ser presentada al registrador. La negativa resulta de la ley de Ventoso acerca del notariado (art. 22); ésta prohíbe á los notarios desasirse del protocolo, sólo entregan á las partes un testimonio; es este testimonio el que las partes deben presentar al registrador. Una copia privada no se admitiría, pues el acta transcrita debe ser auténtica; á falta de la minuta es, pues, necesario una copia auténtica. El Código Civil (art. 2148) y la Ley Hipotecaria (art. 83) exigen, para la inscripción de los privilegios é hipotecas, que se presente al registrador el testimonio auténtico del acta que da nacimiento al privilegio ó

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 80, núms. 55 y 56. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 104, núm. 45. Troplong, *De la transcripción*, p. 189, núm. 133.

á la hipoteca. Hay una razón más para exigirlo en materia de transcripción: es que el acta debe ser copiada por *entero*, mientras que la inscripción de las hipotecas y privilegios se hace por *bordereaux*.

Todos los autores se quejan de una práctica notarial que está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley. Hay notarios, se dice, que no insertan en sus testimonios la firma de las partes y se conforman con terminar la copia con estas palabras: *siguen las firmas*. La ilegalidad es segura. Es el acta entera la que debe transcribirse, y donde no hay firma no hay acta. ¿Qué importa que los nombres de las partes se encuentren en el cuerpo del acta? La ley quiere que el acta entera sea transcripta, lo que basta para decidir la cuestión en derecho. Otra es la cuestión de saber si hay nulidad; en nuestra opinión la solución depende del interés de los terceros. Es sin duda porque la falta de firmas en el acta transcripta no es muy perjudicial á los terceros por lo que la doctrina y la jurisprudencia admiten que un testimonio sin firma puede y debe ser transcripto. (1)

Hay un caso en el que no se entendería que se omitieran las firmas: es cuando el acta está recibida en el extranjero; las firmas deben en este caso ser legalizadas. La Corte de Bruselas ha sentenciado que el conservador tenía el derecho y el deber de negarse á la transcripción del acta no legalizada ó, lo que es lo mismo, legalizada en mala forma. En el caso se había presentado al conservador una acta pasada en Francia y portando por toda legalización la del presidente del tribunal; y aun ésta decía: *Por el presidente impedido.—Prosper*. ¿Quién era Prosper? No se sabía. El acta así legalizada no tenía ningún valor en Bélgica, luego no podía admitirse á la transcripción. El tribunal, cuyos motivos

1 Véanse los autoridades en Martou, *Comentario*, t. I, p. 72, nota 47. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 62, núm. 127. Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 574, número 795.

adoptó la Corte, dijo muy bien que si el conservador de hipotecas no es juez de la validez de las actas presentadas á la transcripción está cuando menos en su deber y entra seguramente en sus atribuciones apreciarlas bajo el punto de vista de su carácter exterior y de las formalidades en cuyo cumplimiento está ligada su existencia material. El demandante objetaba el art. 130, según el cual los conservadores no pueden negarse á la transcripción en ningún caso. La Corte responde que esta disposición no puede extenderse más que de la denegada de las actas que, según la ley, pueden solas ser admitidas á la transcripción. Dar otra interpretación á la ley sería exponer á los conservadores á transcribir actas informes y defectuosas, actas que no tuvieran ninguna existencia legal, como en el caso, actas no firmadas ó, lo que es lo mismo, actas cuyas firmas no estén legalizadas. (1)

143. La transcripción se hace en un registro destinado para ello (art. 1.º de la Ley Hipotecaria); este es el registro de transcripciones que los conservadores deben tener conforme á la ley (art. 124). Volveremos en el capítulo IX de la Ley Hipotecaria á estos registros que deben tener los registradores, así como á las formalidades que la ley prescribe con el fin de asegurar que se llenen fielmente.

Ordinariamente la transcripción debería hacerse á medida que las actas se entregan al conservador y en presencia de las partes que las presentan, pero lo más amenudo esto es imposible por razón del gran número de formalidades que tienen que hacer diariamente los registradores; no sólo tienen que transcribir las actas de mutación inmobiliar, también inscriben los privilegios é hipotecas, así como las actas de embargo inmobiliarias. Luego vienen los estados de transcripciones ó inscripciones que piden los terceros y que exigen un tiempo considerable y cuidados sumos. En fin, las

1 Bruselas, 22 de Octubre de 1855 [Pacirisia, 1856, 2, 41].

subrogaciones, cesiones, demandas de nulidad ó revocaciones, las sentencias pronunciadas en aquellas demandas deben ser inscriptas por el conservador. Esta multitud de ocupaciones de cada instante hace amenudo imposible la transcripción inmediata de las actas de mutación. Sin embargo, las partes que la reclaman tienen interés en que se hagan en el acta, puesto que el acta no tiene efecto para con los terceros sino á partir del momento en que está transcrita. ¿Cómo conciliar este interés con las necesidades del servicio? La ley prescribe á este efecto que se lleve un registro de depósito (art. 124) en el cual el registrador debe inscribir día á día y por orden numérico las entregas que se le hacen de actas de mutación para su registro ó de *bordeaux* para ser inscriptas. Dan á los que requieren la transcripción ó inscripción un recibo que lleva el número del registro en el que la entrega ha sido inscripta, y no pueden transcribir las actas de mutación ni inscribir los *bordeaux* sino en la fecha y orden de las entregas que les fueron hechas y tal como el registro de depósito las hace constar. (1)

144. Puede, pues, suceder que exista entre el depósito y la transcripción un intervalo de uno ó varios días. ¿Cuál será la verdadera fecha de la transcripción? Será la del día en que el depósito consta en el registro correspondiente. Esto es lo que hizo que el tribunal dijera que la transcripción se reputa hecha desde que las piezas por transcribir han sido inscriptas en el registro de depósito. El tribunal expresó mal su pensamiento; no hay presunción de transcripción, pues esto es un hecho que debe necesariamente ser cumplido; pero cuando la transcripción está operada cuenta desde el día en que el depósito de los títulos consta en el registro correspondiente; si el conservador por error ó fraude transcribiera el acta en diferente orden la verdadera fecha

¹ Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 425, núm. 206 y p. 449, núms. 230 y 231.

sería determinada por el registro del depósito; por contra si la transcripción no se hiciera es seguro que la mención en el registro de depósito no bastaría; esta mención no da á conocer nada á los terceros, pues es el libro de transcripciones el que consultan; sólo que este registro será confrontado, en caso necesario, con el de depósito. (1)

145. El registro de la transcripción es público, así como todos los registros que la ley prescribe llevar para dar conocimiento á los terceros los hechos jurídicos que se relatan en ellos. ¿En qué consiste la publicidad? El art. 127 dice: «Los conservadores de hipotecas están obligados á entregar certificados en que consten las *mutaciones y concesiones de derechos reales*, así como los *arrendamientos* consentidos por cualquier *individuo*, indicado en los pedimentos escritos que se les hacen con este fin. Están igualmente obligados á dar á cualquier requirente *copia* de las *inscripciones* existentes ó certificadas en que consten que éstas no existen.»

El art. 130 contiene la sanción de estas disposiciones: «En ningún caso los conservadores pueden negarse ni retardar la entrega de los certificados, bajo pena de dar daños y perjuicios á las partes; á cuyo efecto se levantarán actas en el acto, á pedimento de los requirentes, por el juez de paz, diligenciarlo ó notario, en las que conste esta negativa ó retardo.»

146. Se ve por el art. 127 (Código Civil, art. 2196) en lo que consiste la publicidad de los registros. Son los *individuos* que figuran en los registros, no los *bienes*; es decir, que los registros mencionan las *personas* que venden ó que compran, que parten ó contratan *arrendamientos*; no describen los bienes vendidos, divididos ó arrendados; los bienes, sin duda, están indicados en las actas de venta, de partición ó de arrendamiento, pero no se hayan descriptos como lo están en el padrón del catastro; tampoco el conservador tiene ín-

¹ Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 453, núms. 235 á 238.

dice alfabético de los diferentes bienes situados en la jurisdicción de su oficina, y no se le puede pedir un certificado de los cambios ó de las concesiones de derechos reales indicando los bienes enajenados ó gravados; el conservador tiene un repertorio en que se encuentran mencionadas, con el nombre de cada propietario, las actas relativas á sus bienes; es, pues, el nombre de los propietarios el que se debe indicar al conservador cuando se pide un certificado de inscripción ó de transcripción relativo á sus bienes inmuebles. Se propuso en Francia y Bélgica refundir el catastro con la conservación de hipotecas, de manera que los inmuebles habrían formado la base de la publicidad; esta proposición no fué admitida en razón de la imperfección del padrón catastral; un sistema de publicidad inexacto sería un peligro para los terceros en lugar de ser una garantía. (1)

147. ¿Cuándo puede hacerse la transcripción y cuándo debe hacerse? La ley no ordena á las partes interesadas transcribir, se limita á negar todo efecto, para con los terceros, á las actas translativas y declarativas de derechos reales inmuebles; á los arrendamientos, mientras no se han hecho públicos. Síguese de esto que no hay plazo fijo en el que la transcripción deba hacerse; sólo que las partes contratantes tienen interés en transcribir lo más pronto posible, pues el menor retardo puede serles perjudicial. Si compro un inmueble hoy y no lo registro inmediatamente mi vendedor puede vender el mismo fundo á un segundo adquirente, el que será propietario respecto de mí si transcribe su acta. Tengo, pues, interés en transcribir inmediatamente, estipulando que sólo se pagará el precio en determinado plazo, suficiente para operar la transcripción, y bajo la condición de que en aquel momento no haya mutación anterior

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 429, núm. 210. Compárese informe de la comisión especial (Parent, p. 16).

á la mía, que está registrada, condición que resulta de la garantía que me tiene que dar el vendedor.

Tampoco hay plazo fijo para la transcripción en el sentido de que, hecha dentro de este plazo, retrotrajera al día del acta. (1) La retroacción es inadmisibile en materia de publicidad, pues fué introducida para dar certeza y estabilidad á las transacciones inmobiliarias; lo que implica que las actas no pueden tener efecto para con los terceros sino desde el día en que fueron transcriptas; si la ley fijara un plazo en el que la transcripción pudiera hacerse con el efecto de que retrotrajera al día del acta habría inseguridad, durante el curso de este plazo, acerca del efecto del acta para con los terceros, lo que es contrario á la esencia de la publicidad. (2)

La transcripción puede, pues, hacerse siempre, pero sólo puede hacerse útilmente si en el momento en que se opera no hay acta registrada que no tenga efecto para con los terceros. Si hay una acta transcripta, aunque sea posterior á la primera adquisición, prevalecerá para con los terceros. Esta es la consecuencia del nuevo principio y no es dudosa; volveremos á ella al tratar de los efectos de la transcripción.

148. ¿La transcripción puede aún hacerse después de abierta la quiebra del vendedor ó del donante? Esta cuestión se presenta, bajo el imperio del Código Civil, para la transcripción de las donaciones. La Corte de Casación se pronunció por la validez de la transcripción cuando se hace antes de la sentencia que declara la quiebra aunque posteriormente al día en que el tribunal hizo remontar la suspensión de pago. Esta distinción es muy jurídica; resulta además del texto de la ley acerca de las quiebras. La ley no quiere que el deudor haga actas translativas de propie-

1 Informe de la comisión especial (Parent, ps. 19 y 20).

2 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 430, núm. 212.

dad á partir de la época determinada por el tribunal como siendo la de la suspensión de pagos ó en los diez días que precedieron á esta época; la ley declara nulas las actas y sin efecto (Código de Comercio, art. 445). Suponemos, al contrario, que el acta fué hecha antes de los diez días; por consiguiente, en una época en que el deudor tenía la libre disposición de sus bienes. El acta es, pues, válida; sólo que debe ser registrada para que el adquirente pueda oponerla á los terceros; y siempre puede registrarla mientras que éstos no han adquirido un derecho en la cosa. La dificultad se reduce, pues, á saber á partir de qué momento adquiere la masa un derecho en los bienes del quebrado, y resulta del art. 447 que hasta el día de la sentencia declarativa de quiebra la masa no tiene ningún derecho en estos bienes, puesto que los privilegios é hipotecas adquiridos pueden ser inscriptos hasta aquel día. Por identidad de razones las actas translativas de propiedad pasadas anteriormente á los diez días que precedieron á la suspensión de pagos pueden ser transcriptas hasta el día en que fué declarada la quiebra. (1)

Sin embargo, la nueva ley acerca de las quiebras supone que las inscripciones tomadas en los diez días que precedieron á la cesación de pago ó posteriormente podrán ser declaradas nulas si han pasado quince días entre la fecha del acta constitutiva de hipoteca ó de privilegio y la de la inscripción. Esto es una derogación del derecho común y, como tal, no puede extenderse á las prescripciones. Estas permanecen, pues, bajo el imperio de los principios generales. Y el donatario tiene el derecho de transcribir y lo hace útilmente mientras que un tercero no adquirió un derecho en la cosa, lo que es decisivo.

149. También se ha preguntado bajo el imperio del de-

¹ Denegada, 21 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 172). Compárense los informes por Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1556. Troplong *De la transcripción*, p. 346, núms. 148 y siguientes. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. II, p. 312, nota 93, pfo. 209.

recho civil si la transcripción podía hacerse después de la muerte del donante. La afirmativa no era muy dudosa; la donación está perfecta por el concurso de consentimientos dado en las formas prescriptas por la ley; la transcripción no tiene nada de común con estas condiciones; hace sólo pública la donación para con los terceros; y esta publicidad puede siempre tener lugar, puesto que la ley no fija ningún plazo. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido. (1)

§ III.—QUIEN PUEDE Y QUIEN DEBE TRANSCRIBIR.

150. Cuando se trata de hipotecas y privilegios la ley determina las personas que pueden ó deben requerir la inscripción. La Ley Hipotecaria guarda silencio en lo que se refiere á la transcripción. El Código Civil, que prescribe la transcripción de las donaciones inmobiliarias, contiene una disposición especial relativa á las donaciones hechas á incapaces ó á establecimientos públicos. ¿El art. 940 está abrogado por la nueva ley? Hemos dicho que la Ley Hipotecaria abroga los artículos 939 y siguientes en tanto que están en oposición con el derecho común establecido por la nueva ley, y la ley de 1851 no habla de las personas encargadas de hacer la transcripción, y el art. 940 sólo aplica un principio general del derecho relativo á las obligaciones de los administradores legales. Lo mismo pasa con el art. 1069, que tiene por objeto la publicidad que deben recibir las substituciones fideicomisarias permitidas. La cuestión que hemos presentado debe, pues, decidirse según el derecho común confirmado por los arts. 940 y 1069.

151. ¿Quién puede transcribir? Cuando se trata de la inscripción hipotecaria la ley dice que el acreedor presenta por

¹ Véanse las autoridades en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1555.

si ó por tercero el testimonio auténtico del acta de donde nace el privilegio ó la hipoteca, así como los *bordereaux* en los que el conservador hace la inscripción. Toca, pues, á la parte interesada requerir la publicidad. ¿Pasa lo mismo con la transcripción? Es bastante ocioso presentar la cuestión; unos terceros no interesados no pueden mucho cumplir una formalidad que los somete al pago de un derecho. Es, pues, ordinariamente el adquirente quien pedirá la transcripción. Sin embargo, un tercero puede hacerlo por él, sin que el conservador pueda negarle transcribir bajo pretexto de que el requirente no tiene calidad; desde que hay una acta que según la ley debe ser transcripta y que se presenta al registrador ésta debe operar la transcripción, pues no hay calidad legal para hacerlo, guardando silencio la ley á este respecto. Después de todo el requirente podría decir que obra como gerente de negocios; esta es una calidad legal para asegurar los derechos del dueño, puesto que la transcripción es una acta esencialmente útil al propietario. (1)

152. Los incapaces pueden requerir la transcripción. Es de principio que los incapaces pueden hacer actas conservatorias que les interesen; estas actas no pueden ser peligrosas. La Ley Hipotecaria lo dice de la mujer casada, permitiéndole pedir la inscripción de su hipoteca legal (artículo 64); y el Código Civil lo dice de la transcripción de las donaciones, á las que la mujer puede también proceder sin autorización del marido (art. 940). Se entiende que lo que la ley dice de la mujer se aplica á todos los incapaces. (2)

153. La facultad que la ley da á los incapaces de requerir la transcripción no les aprovecha mucho, puesto que gozan amenudo lo que es la transcripción. ¿Quién lo ha-

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 461, núm. 243.

2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 81, núm. 60. Mourlón, *De la transcripción*, tomo I, p. 462, núm. 245.

rá por ellos? La cuestión es, sobre todo, importante para las donaciones hechas á incapaces; pero en principio la solución debe ser la misma para las actas á título oneroso. El Código ha decidido la dificultad; el art. 940, relativo á las donaciones entre vivos, dice: «Esta transcripción se hará, á promoción del marido, cuando los bienes hayan sido dados á su mujer. Cuando la donación se haga á menores, á interdictos ó á establecimientos públicos, la transcripción se hará á promoción de los tutores, curadores ó administradores.» Cuando se trata de una substitución fideicomisaria la ley encarga al tutor nombrado para la ejecución hacer públicas las disposiciones entre vivos ó testamentarios hechas con cargo de restitución (art. 1069). Puede, pues, sentarse en principio que los representantes de los incapaces están encargados del cuidado de requerir la transcripción. La razón es que los administradores legales tienen la misión de conservar los derechos de aquellos de quienes giran los bienes; y la transcripción es una medida esencialmente conservadora. «*Todo administrador*, dice Ricard, debe vigilar la conservación de las acciones de aquel á quien dirigen. Así es que el marido, siendo dueño de la comunidad y teniendo la administración de todo cuanto pertenece á su mujer, está obligado á cuidar sus negocios; debe vigilarlos, puesto que tiene su gerencia.» (1) Los arts. 940 y 1069 aplican este principio al tutor de los menores y al tutor especial de los llamados en casos de substitución, así como á los administradores de los establecimientos públicos. Es por error por lo que el art. 940 habla de los curadores, lo que, según el conjunto del texto, se referiría á los interdictos; así era en el antiguo derecho, en que los interdictos tenían curadores, y se ve por la Exposición de los Motivos que el Orador del Gobierno suponía

1 Ricard, *De las donaciones*, t. I, núm. 1240.

que lo mismo pasaba bajo el imperio del Código Civil. (1) En nuestro derecho moderno los interdictos tienen un tutor y los menores emancipados tienen un curador; pero éste, á diferencia del tutor, no administra; de modo que no tiene que transcribir á título de administrador. Con más razón pasa lo mismo con los consejos de los pródigos y débiles de espíritu: sólo prestan su asistencia en los casos determinados por la ley (arts. 499-513).

Por esto todo mandatario legal debe mandar transcribir las donaciones que se hicieren á aquellos cuyos intereses giran. ¿Puede extenderse esta obligación á las actas á título oneroso que deben ser transcriptas? La afirmativa no es dudosa, pues la obligación de conservar los derechos de los incapaces procede de la misión de que están investidos los administradores legales; se les debe imponer aun en el silencio de la ley. Los arts. 940 y 1069 pueden ser invocados á título de analogía. (2)

154. En la aplicación del principio se presentan algunas dificultades en lo que se refiere al marido. Interviene en las actas hechas por su mujer, autorizándola. ¿Si niega su autorización y que se la conceda el juez tendrá que transcribir? En nuestro concepto la afirmativa es segura; el marido debe transcribir, no porque autoriza sino porque es administrador, y no deja de serlo cuando niega la autorización. En vano se dirá que en este caso desaprueba el acto como nocivo á su mujer y á la familia; contestaremos que el juez, al autorizar á la mujer, decide por esto mismo que la negativa del marido no estaba fundada; hay, pues, derecho legítimo que conservar; por tanto, el marido debe transcribir. (3)

Hay regímenes bajo los que el marido no es administrador; no lo es cuando los esposos están separados de bienes,

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, título *De las donaciones*, núm. 43 (Loché, t. V, p. 327).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 81, núm. 59.

3 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 469, núm. 251.

no lo es bajo el régimen dotal para los bienes parafernales. ¿Debe, no obstante, transcribir? Se ha sostenido la afirmativa para las donaciones, fundándose en los términos absolutos del art. 940; pero la distinción resulta, en este caso, del mismo principio en el que está fundada la obligación. Es, como lo dice Ricard, por razón de su calidad de administrador por lo que el marido debe transcribir; cesando el motivo cuando no administra la obligación debe también cesar. Si hubiera que atenerse á la letra del art. 940 habría que decir que esto es una disposición excepcional y, por tanto, abrogada, puesto que las donaciones están regidas por el derecho común en lo que se refiere á la transcripción; es seguro que no se podría aplicarlo á las actas á título oneroso y por esto mismo dejaría de ser aplicable á las donaciones (art. 152). La tradición está en este sentido: «La mujer separada, dice Ricard, debe conducir ella misma sus propios negocios, puesto que quiso tener su dirección.» (1)

155. La cuestión de saber quién es administrador y quién debe transcribir con este título es muy importante por razón de las consecuencias que de él resultan. Vamos desde luego á exponer los principios que el Código consagra en materia de donaciones, luego veremos si son aplicables á las actas á título oneroso.

Se supone que la donación hecha á un incapaz no ha sido transcripta y que, por consiguiente, los derechos de los incapaces perecen: ¿pueden prevalecerse de su incapacidad para sostener que la falta de transcripción no les puede ser opuesta? El Código decide la cuestión negativamente. Según el art. 942 los menores, los interdictos, las mujeres casadas, no serán restituidos contra la falta de transcripción de las donaciones, y el art. 1070 dice que la falta de transcripción de las substituciones fideicomisarias puede ser

1 Ricard, *De las donaciones*, t. II, núm. 1243. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 468, núm. 250.

opuesta por los acreedores, terceros adquirentes, aun á los menores é interdictos. (1) Esto se comprende: el interés de los terceros es un interés general que debe prevalecer al interés de los incapaces. ¿Debe concluirse de este principio que debe ser aplicado á las actas á título oneroso? Esta es nuestra opinión; hay, sin embargo, un motivo de duda: es que la ley no subordina siempre el interés de los incapaces al interés público; así la prescripción no corre contra los menores y los interdictos, mientras que sí corre contra las mujeres casadas. Se podría, pues, decir que los arts. 942 y 1070 son disposiciones excepcionales y, por lo tanto, de estricta interpretación. Pero la cuestión tiene todavía otra faz. ¿Se trata de saber en qué casos las actas hechas por los administradores legales son válidas sin que los incapaces puedan reclamar por causa de lesión? Y es de principio que los menores y, por consiguiente, los demás incapaces no son de restituirseles contra las actas de administración del tutor, á reserva de que promuevan la responsabilidad cuando están lesionados. Y transcribir es un acto de administración; es verdad que el tutor debe transcribir, pero esto no cambia la naturaleza del acta; puede encontrar la transcripción inútil, como lo hacen muchos adquirentes; esto es mal administrar, pero es precisamente en el caso de mala administración en el que nace la cuestión de saber si el menor puede ser restituido. Los arts. 942 y 1070 no son, pues, más que la aplicación de los principios generales de derecho, lo que es decisivo.

El art. 942 agrega: "Salvo su recurso contra sus tutores ó maridos *si es el caso* y sin que la restitución pueda tener lugar en el caso mismo en que dichos tutores y maridos se encontrasen insolventes." El art. 1070 contiene una dispo-

1 Fué sentenciado que la falta de la transcripción puede ser opuesta á los menores aunque no fué nombrado tutor en la substitución (Pasiorisic, 1824, p. 144).

sición idéntica en materia de substitución: "Salvo el recurso contra el adeudado y contra el tutor á la ejecución y sin que los menores ó interdictos puedan ser restituidos contra esta falta de transcripción, aunque el adeudado y el tutor estuviesen insolventes." Estos artículos son todavía la aplicación del derecho común. "El tutor, dice el art. 456, administrará los bienes del menor como buen padre de familia y responderá de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión." Es decir, que el menor no es de restituir contra la mala administración del tutor, salvo que éste promueva contra su tutor para obtener la reparación del daño que ha sufrido. Esta acción está garantizada por Una hipoteca legal; si la garantía es insuficiente la pérdida recae en el incapaz.

El recurso en garantía pertenece á todos los incapaces; el art. 942 cita, además de los menores, á la mujer, pero agrega: *si es el caso*. Esta restricción es también de derecho común. La garantía, como toda responsabilidad, supone una falta. Si el mandatario legal no fuera culpable no estaría obligado. El caso se presentó para la mujer. Su marido le había hecho donación del usufructo de un inmueble; no hizo transcribir el acta; la mujer ejercerá su recurso. Se juzgó que pudiendo la mujer, en los términos del art. 940, requerir la transcripción sin autorización marital ella misma tenía culpa, puesto que no comprobaba que hubiera estado en la imposibilidad de hacer el acta conservatoria, (1) ¿No es demasiado absoluta dicha decisión? La ley obliga al marido á hacerla transcribir; tiene, pues, culpa y, por lo mismo, es responsable sólo por no requerir la transcripción; mientras que la mujer está solamente autorizada á transcribir; de que no use de esta facultad no se puede concluir que el marido no esté en falta.

1 Bruselas, 4 de Febrero 1852 (Pasiorisic, 1854, 2, 48). Compárese Martou, t. I, p. 236, núm. 284.

¿Se aplican estos principios á las actas á título oneroso? Lo que acabamos de decir contesta á la cuestión. La ley sólo aplica los principios generales; es, pues, general por su naturaleza. Se debería haber decidido la cuestión en este sentido, aun en el silencio de la ley; luego no hay ninguna distinción que hacer entre las donaciones y las actas á título oneroso.

156. Las partes cuyos derechos perecen por falta de transcripción se disculpan con el notario ó intentan contra él una acción en daños y perjuicios. Este recurso rara vez tiene éxito. Es cierto que los notarios, en virtud de sus funciones, no están encargados de transcribir; (1) lo que lo prueba hasta la evidencia es que la transcripción no es una obligación para las partes; ¿para qué sería una obligación para los notarios? Sin duda que éstos son los consejeros de las partes, sobre todo cuando se trata de una nueva ley que aun no ha entrado en nuestras costumbres; su deber es ilustrar á las partes contratantes, hacerles conocer los peligros á que se exponen si no llenan la formalidad que la ley prescribe para que el adquirente se haga propietario con respecto á los terceros. Pero una cosa es el deber moral del consejero y otra es la obligación legal de hacer lo que se aconseja y la responsabilidad á que está ligada. ¿Cómo se quiere que el notario sea responsable por no haber transcrito cuando las partes son libres de no transcribir? A ellas corresponde decidir si habría ó no transcripción; les corresponde, pues, á ellas proceder, y si quieren que lo haga el notario deben darle mandato á este respecto. (2)

La gran dificultad en esta materia es saber cuándo hay mandato. El mandato puede ser tácito; y se admite muy fácilmente un mandato tácito dado al notario cuando las

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 292, núm. 138. Compárese nuestro tomo XXVII, núm. 385 y el t. XIX, núm. 413.

2 Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1; 70).

partes, incapaces é ignorantes para resguardar sus intereses, se dirigen al oficial público para las medidas de prudencia y para las formalidades que deban asegurar sus derechos. Ya tratamos estos difíciles puntos en el título *Del Mandato* (t. XXXII, núms. 361-376). Los autores que especialmente se ocupan del régimen hipotecario están inclinados á imponer al notario la obligación positiva de ilustrar á las partes acerca de la necesidad de transcribir; lo que conduce á hacer al notario responsable si no ha cumplido con su deber. (1) Tal vez el legislador debiera haber hecho de este deber una obligación legal, pero no lo hizo. Se queda, pues, bajo el imperio de los principios generales relativos al mandato; en el silencio de la ley el notario no es responsable en esta calidad, sólo lo es como mandatario y toca á la parte que invoca el mandato probarlo.

SECCION IV.—Efecto de la transcripción.

§ I.—PRINCIPIO.

157. La Ley Hipotecaria (art. 1.º) dice que todas las actas entre vivos, á título oneroso, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, serán transcritas y que hasta entonces no se podrán oponer á los terceros. Sucede lo mismo con los contratos de arrendamiento que excedan de nueve años ó contengan pago por cuando menos de tres años de renta. La transcripción sólo está requerida en interés de los terceros, no se prescribe entre las partes contratantes como condición de la translación de la propiedad ó de la validez del arrendamiento. Se debe, pues, distinguir la translación de la propiedad entre las partes y la translación de la propiedad respecto á los terceros. La Ley Hipotecaria no se ocupa de la translación de la propiedad entre las

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. 1, p. 81, núm. 61.

¿Se aplican estos principios á las actas á título oneroso? Lo que acabamos de decir contesta á la cuestión. La ley sólo aplica los principios generales; es, pues, general por su naturaleza. Se debería haber decidido la cuestión en este sentido, aun en el silencio de la ley; luego no hay ninguna distinción que hacer entre las donaciones y las actas á título oneroso.

156. Las partes cuyos derechos perecen por falta de transcripción se disculpan con el notario ó intentan contra él una acción en daños y perjuicios. Este recurso rara vez tiene éxito. Es cierto que los notarios, en virtud de sus funciones, no están encargados de transcribir; (1) lo que lo prueba hasta la evidencia es que la transcripción no es una obligación para las partes; ¿para qué sería una obligación para los notarios? Sin duda que éstos son los consejeros de las partes, sobre todo cuando se trata de una nueva ley que aun no ha entrado en nuestras costumbres; su deber es ilustrar á las partes contratantes, hacerles conocer los peligros á que se exponen si no llenan la formalidad que la ley prescribe para que el adquirente se haga propietario con respecto á los terceros. Pero una cosa es el deber moral del consejero y otra es la obligación legal de hacer lo que se aconseja y la responsabilidad á que está ligada. ¿Cómo se quiere que el notario sea responsable por no haber transcrito cuando las partes son libres de no transcribir? A ellas corresponde decidir si habría ó no transcripción; les corresponde, pues, á ellas proceder, y si quieren que lo haga el notario deben darle mandato á este respecto. (2)

La gran dificultad en esta materia es saber cuándo hay mandato. El mandato puede ser tácito; y se admite muy fácilmente un mandato tácito dado al notario cuando las

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 292, núm. 138. Compárese nuestro tomo XXVII, núm. 385 y el t. XIX, núm. 413.

2 Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1; 70).

partes, incapaces é ignorantes para resguardar sus intereses, se dirigen al oficial público para las medidas de prudencia y para las formalidades que deban asegurar sus derechos. Ya tratamos estos difíciles puntos en el título *Del Mandato* (t. XXXII, núms. 361-376). Los autores que especialmente se ocupan del régimen hipotecario están inclinados á imponer al notario la obligación positiva de ilustrar á las partes acerca de la necesidad de transcribir; lo que conduce á hacer al notario responsable si no ha cumplido con su deber. (1) Tal vez el legislador debiera haber hecho de este deber una obligación legal, pero no lo hizo. Se queda, pues, bajo el imperio de los principios generales relativos al mandato; en el silencio de la ley el notario no es responsable en esta calidad, sólo lo es como mandatario y toca á la parte que invoca el mandato probarlo.

SECCION IV.—Efecto de la transcripción.

§ I.—PRINCIPIO.

157. La Ley Hipotecaria (art. 1.º) dice que todas las actas entre vivos, á título oneroso, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, serán transcritas y que hasta entonces no se podrán oponer á los terceros. Sucede lo mismo con los contratos de arrendamiento que excedan de nueve años ó contengan pago por cuando menos de tres años de renta. La transcripción sólo está requerida en interés de los terceros, no se prescribe entre las partes contratantes como condición de la translación de la propiedad ó de la validez del arrendamiento. Se debe, pues, distinguir la translación de la propiedad entre las partes y la translación de la propiedad respecto á los terceros. La Ley Hipotecaria no se ocupa de la translación de la propiedad entre las

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. 1, p. 81, núm. 61.

partes, únicamente porque no deroga el Código Civil, lo mantiene. Ya se sabe cuál es el sistema del Código, lo expresamos en el título *De las Obligaciones*. La propiedad se transmite por sólo el efecto del contrato, sin ninguna formalidad. Desde que hay concurso de consentimientos sobre la cosa y el precio el comprador se hace propietario y el vendedor deja de serlo. En la teoría del Código este principio se aplicaba también á los terceros; el comprador era propietario con respecto á todos desde que la venta fuera perfecta.

No sucede lo mismo después de la publicación de la Ley Hipotecaria. Tenemos dos leyes que establecen principios diferentes. Entre las partes la propiedad se transmite, en virtud del Código Civil, por el contrato. Pero propietario con respecto al vendedor el comprador no lo es con respecto á los terceros, no llega á serlo más que transcribiendo el acta de venta; hasta entonces no puede oponer su derecho á los terceros; es decir, que á su respecto no es propietario, es el vendedor quien continúa siendo propietario con respecto á los terceros. Tal es la consecuencia del principio de publicidad establecido por la Ley Hipotecaria. El acta de venta debe hacerse pública en interés de los terceros; si está transcrita el comprador no puede oponer su derecho á los terceros. Esta publicidad es ajena á las partes contratantes que necesariamente conocen el acta en que figuran.

La venta existe, pues, entre el vendedor y el comprador, aunque no esté transcrita, y produce todos los efectos que la ley da á los contratos translativos de propiedad; el comprador es propietario con respecto al comprador; si lo vende un tercero á quien no puede oponer su derecho de propiedad tendrá un recurso en garantía contra el vendedor; si los terceros no tienen ningún derecho sobre la cosa, anterior al suyo, su propiedad será tan estable como si hu-

bieran transcripto su acta de adquisición. La transcripción sólo es interesante cuando hay terceros en causa. (1)

Esto explica la negligencia de muchos de los adquirentes para transcribir; se creen propietarios y realmente lo son; es verdad que conforme á la ley no pueden oponer su propiedad á los terceros, pero esto supone un fraude del que se hace cómplice el vendedor, y el fraude siempre es una excepción. Agreguemos, para honra de nuestro pueblo, que en Bélgica es una excepción muy rara. Se dijo cuando la discusión de la Ley Hipotecaria en la Cámara de Representantes: (2) la clandestinidad, por vicioso que fuese este sistema, no produjo en nuestras provincias los graves inconvenientes que están ligados á ella: la honradez pública reemplazaba la garantía legal. Lo que no es decir que los adquirentes deban descansar en esta garantía moral descuidando el transcribir su contrato; podrían ser vencidos sin que hubiese fraude por parte del vendedor. Pudiendo haber sido hechas las actas clandestinas por los antiguos propietarios puede haber un vendedor no pagado con el derecho de promover en resolución y ésta arrastraría la evicción del último adquirente. La prudencia manda, pues, que todo adquirente transcriba.

158. Si el sistema del Código es vicioso el sistema de publicidad, tal como fué organizado por la nueva ley, tiene algo de ilógico é incoherente. Lógicamente el derecho de propiedad no se divide; es un derecho en la cosa, el más absoluto de todos los derechos reales. ¿Se concibe que sea yo dueño de la cosa solamente con respecto al vendedor y no lo sea con respecto á los terceros? ¿Puedo ser al mismo tiempo propietario y no propietario? Sin embargo, lo soy respecto á un vendedor y, por tanto, respecto á sus sucesores.

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 83, núms. 62 y 63. Troplong, *De la transcripción*, p. 161, núm. 2 y p. 216, núm. 84.

2 De Theux, en la sesión de 30 de Enero de 1851 (Parent, p. 201).

res universales? Este principio fué comprobado bajo el imperio del Código Civil en lo referente á las donaciones. Se pretendía que la transcripción reemplazaba á la insinuación; que, por consiguiente, estaba requerida para la validez de la donación; lo que era un error evidente que la Corte de Casación rechazó desde que le fué presentado. (1) Bajo el imperio de nuestra nueva legislación no hay duda posible; el mismo texto dice que la transcripción no se refiere más que á los terceros, es extraña á las partes. Esto es en lo que consiste la anomalía que acabamos de señalar. Soy propietario con respecto al vendedor y no lo soy con respecto á los terceros. Por su parte el vendedor ha dejado de ser propietario á mi respecto, no puede disponer de la cos; y queda propietario con respecto á los terceros en tanto que no se haga la transcripción; puede, pues, enajenarlo, hipotecarlo, gravarlo con derechos reales, y sus actas serán válidas; se me podrán oponer si los terceros han llenado las formalidades prescriptas por la ley.

¿No habría sido más lógico hacer de la transcripción una condición necesaria para la translación de la propiedad? Este es el sistema alemán que se había propuesto introducir en Bélgica y en Francia. Dicho proyecto no halló eco. (2) En Bélgica la transcripción es una tradicional nacional, y, conforme á lo que acabamos de decir, el fraude que tiene por objeto evitar es una excepción rara. Habría sido contra la voluntad de las partes contratantes subordinar la transmisión de la propiedad al cumplimiento de una formalidad no referente á las partes; esto también habría sido ilógico y en oposición con el interés de las partes contratantes y con la realidad de las cosas. La contradicción que señalamos existe sólo en teoría; de hecho el contrato trasfiere la propiedad;

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1810, sobre las conclusiones de Merlin, (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1575).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 106, núm. 83.

el adquirente sólo es vencido en el caso muy raro de fraude, y para dicho caso muy raro habría sido poco lógico exigir, como condición general de la translación de la propiedad, una condición que sólo tiene utilidad en casos excepcionales.

159. Decimos que bajo el imperio de la nueva ley el vendedor queda propietario con respecto á los terceros en tanto que no se haya hecho la transcripción; de donde se sigue que la venta no transcripta no existe con relación á los terceros. No es en estos términos como el art. 1.º de la Ley Hipotecaria formula el principio de la publicidad; se limita á decir que el acta no transcripta no podrá ser opuesta á los terceros que hayan contratado en fraude. El principio parece concebido en términos restrictivos y no aplicarse más que al caso en que después de haber vendido un inmueble el vendedor enajena de nuevo el mismo inmueble ó lo grava con un derecho real. Esto es el caso habitual que se cita ordinariamente para justificar el principio de publicidad; pero no es el único al que se aplica el principio, como lo vamos á decir. Queda por saber si tenemos razón de formular el principio nuevo en términos más latos que los de la ley.

El mismo principio de la publicidad conduce á consecuencia tal como la hemos enumerado. ¿Por qué somete la ley á la transcripción las actas translativas de derechos reales inmobiliarias? Porque el interés de los terceros, que también es el de la sociedad, exige que la situación inmobiliar de los propietarios esté exactamente conocida con el fin de poder asegurarse de que el poseedor de un inmueble es su propietario. Si el acta que debiera haber transcripto no lo fué; ¿cuál será la consecuencia? Es que esta acta debe ser considerada como no teniendo existencia alguna para con los terceros que no pudieron conocerla; es decir, que no hubo translación de propiedad para con ellos en virtud de un contrato que no tiene existencia.

¿Consagra este principio la Ley Hipotecaria? Esto es lo

que nos va á decir el Ministro de Justicia, quien abrió la discusión por una exposición de las innovaciones que el proyecto de ley traía al Código Civil. Hoy, dijo, la regla es, en cuanto á la transmisión de los derechos inmobiliarios, que la propiedad se transfiere por el simple consentimiento. *Para con los terceros la venta ya no será perfecta por sólo la voluntad de las partes, lo será por la transcripción. El propietario permanecerá propietario para con ellos mientras que esta formalidad no haya sido llenada.* (1) Este es el principio absoluto tal cuál lo hemos formulado. El Ministro lo anunció como una verdad segura y como formando la base del nuevo régimen hipotecario. Si la ley no lo expresa en los mismos términos conduce, no obstante, á la misma consecuencia. Vendo hoy un inmueble á Pedro, quien no lo transcribe. Mañana vendo el mismo inmueble á Pablo, quien sí lo transcribe. Pablo será propietario. ¿Por qué lo será aunque haya yo enajenado la cosa á Pedro? Para que Pablo, segundo adquirente, se convierta en propietario es necesario que yo, vendedor, lo haya sido aún cuando la venta, puesto que el comprador no puede convertirse en propietario cuando no lo es su vendedor. Permanecí, pues, propietario del inmueble apesar de la venta que hice; por tanto, esta venta no existe para con los terceros, y no existe porque no fué publicada. Tal es el caso previsto por el texto del art. 1.º; la ley consagra, pues, implícitamente el principio tal cual ha sido formulado por el Ministro de Justicia y tal cual resulta del sistema de publicidad que consagra la ley.

Hé aquí otra aplicación del principio. Vendo un inmueble á Pedro, quien no lo transcribe; lo hipoteca á Pablo, quien toma su inscripción. ¿Podrá Pablo oponerme su derecho hipotecario ó puedo prevalecerme contra el de mi derecho de propiedad? Pablo es un tercero para comi-

1 Tesch, Discurso en la sesión de 30 de Enero de 1851 (Parent, p. 199 y 200).

go, luego soy propietario para con él, y no se puede seguramente oponer al propietario una hipoteca consentida mientras era aún propietario. Este caso no entra en el texto del art. 1.º, pues Pablo no contrató conmigo; pero el principio, tal como lo formuló el Ministro de Justicia, recibe su aplicación. No existiendo para con Pablo la venta que hice á Pedro soy propietario para con él y no puede oponerme una hipoteca que no he consentido.

160. El nuevo principio se aplica también á las particiones. En efecto, la ley coloca en la misma línea las actas declarativas y las translativas de derechos reales inmobiliarios, y después de haber dicho que *todas estas actas* deben ser transcritas, agrega: «Hasta entonces no podrán ser opuestas á los terceros.» El principio es, pues, idéntico para las particiones y para las ventas; es necesario, por consiguiente, entenderlo en el mismo sentido. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda en este punto. Se lee en el informe de la comisión del Senado: «Si el acta de partición no fué transcrita es inexistente con relación á los terceros.» (1) ¿Tuvo razón la ley en asimilar la partición á las actas translativas de propiedad? Puede dudarse de ello, como lo diremos al tratar de la publicidad de los privilegios.

161. El principio de que el acta no transcrita no existe para con los terceros no se aplica á los arrendamientos. Si el arrendamiento que pasa de nueve años no fué transcrito no pueden decir los terceros que el acta debe considerarse como no existiendo para con ellos, pues el art. 1.º dice implícitamente lo contrario: «La duración será reducida conforme al art. 1429 del Código Civil.» Si el arrendamiento sólo es reducido está por esto mismo mantenido en los límites de nueve años. La razón es que, según la ley, los arrendamientos de nueve años no están sometidos á la transcripción; un arrendamiento de nueve años puede, pues, o-

1 D'Anethán, Informe (Parent, p. 306).

nerse siempre á los terceros aunque no esté transcripto, siempre que tenga fecha cierta, como lo quiere el artículo 1743.

162. El objeto del nuevo principio de publicidad es hacer las adquisiciones inmobiliarias seguras y estables. Es necesario para esto que los que adquieren inmuebles se conformen con la ley, transcribiendo su contrato. Si no lo hacen el sistema de publicidad compromete en apariencia sus intereses. Hemos citado la crítica, tan injusta como violenta, que Tronchet hizo de la publicidad de las transacciones inmobiliarias. Si el propietario que no transcribe está vendido no tiene gracia en quejarse, sufre las consecuencias de su descuido; aquel que no se conforma con la ley no tiene derecho de quejarse de ella.

Lo que decimos del derecho de propiedad es también cierto de los derechos ligados á la posesión cuando estos derechos están concedidos al poseedor por razón de un título translativo de propiedad en virtud del cual adquirió la posesión de un inmueble. Según los artículos 549 y 550 el simple poseedor hace suyos los frutos cuando posee como propietario en virtud de un *título translativo de propiedad* cuyo vicio ignora. Esto bastaba bajo el imperio del Código Civil, pero ya no basta según nuestra nueva legislación; es necesario, además, que el poseedor haya transcripto su título. En efecto, no es en virtud de la posesión por lo que gana los frutos, es en virtud de su buena fe, y esta buena fe supone que el poseedor posee en virtud de un título translativo de propiedad; no gana, pues, los frutos sino oponiendo al propietario reivindicante el título que le hubiera transmitido la propiedad si su autor hubiera sido propietario; y según el nuevo principio no puede oponer á los terceros un derecho resultante de un título translativo de propiedad más que cuando transcribió su título; un título no registrado no existe para con el tercero propietario; luego el poseedor no tie-

ne la buena fe legal; por tanto, no tiene derecho á los frutos. (1)

Lo mismo sucede con la adquisición de la propiedad por la usucapión. Aquel que adquiere de buena fe y por *justo título* un inmueble prescribe su propiedad por diez ó veinte años (art. 2265). Oponer, pues, al propietario reivindicante una acta translativa de propiedad que lo hubiera convertido en propietario si su autor lo hubiera sido. Bajo el imperio del Código Civil el justo título podrá ser comprobado por acta privada teniendo fecha cierta; según la nueva ley es necesario que el acta esté transcripta; por tanto, auténtica, puesto que no se puede oponer á los terceros una acta translativa sin que esté registrada. (2)

¿Qué debe decidirse si la prescripción ha comenzado bajo el imperio del Código Civil? El poseedor de buena fe que comenzó á prescribir en virtud de un título constando en acta privada ¿podrá continuar en prescribir bajo el régimen de la nueva ley sin que el acta esté registrada? La decisión depende del punto de saber si la prescripción comenzada forma un derecho adquirido, y la negativa es segura. Resulta que el derecho de propiedad no está adquirido por la prescripción sino bajo el imperio de la nueva ley, y según dicha ley no se puede oponer á los terceros una acta no registrada. Esto es muy riguroso; el legislador hubiera debido dar una disposición análoga á la del art. 2281; pero no pertenece al intérprete llenar este vacío. (3)

163. La nueva ley, al prescribir la transcripción, tuvo por objeto consolidar los derechos de los terceros, y produce este efecto en el sentido de que la transcripción los pone

1 Lieja, 23 de Diciembre de 1871 (Pasieris, 1872, 2, 87).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 109, núms. 84 y 85. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 73, núms. 905 á 911. Compárese Casación, 26 de Enero de 1876 [Dalloz, 1876, 1, 169] en materia de donaciones. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. II, p. 319 y nota 106, pfo. 209 y los autores que citan.

3 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 109, núms. 84 y 85.

al abrigo de una evicción que procediera de las actas no registradas en el momento en que ellos mismos operan la transcripción de su título. Esto supone actas emanadas del mismo propietario; ¿pero qué debe decidirse si el mismo propietario poseía en virtud de una acta no transcrita? El posesor que enajena sin haber transcrita se encuentra en la situación de todos aquellos que, bajo el imperio de la nueva ley, compran un inmueble sin registrar su contrato; no es propietario para con los terceros. De esto se sigue que si el autor enajena y que el comprador transcribe es este adquirente quien será el verdadero propietario si el primer adquirente que no había transcrito volviera á vender el inmueble á un tercero que transcribe. En efecto, el propietario puede reivindicar su fundo contra todo detentor de la cosa; podrá, pues, reivindicarlo contra el último adquirente aunque éste haya transcrito. El art. 109 consagra implícitamente esta doctrina; dice que el cedente no transfiere al comprador más que la propiedad y los derechos que él mismo tenía en la cosa cedida; la transcripción nada agrega á estos derechos, sólo los pone en evidencia; aquel que transcribe ejerce los derechos de su autor contra los terceros; pero si su autor tenía un título vicioso el título permanece vicioso en manos del adquirente, aunque éste transcriba, pues la transcripción no purga los vicios que tienen los títulos del cedente; éste transcribe á su adquirente un derecho viciado. De esto se sigue que si el cedente pudiera ser vencido por un tercer propietario el adquirente podrá igualmente serlo. (1)

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina bajo el imperio de la ley de 11 Brumario, año VII. Un prestanombre transcribe una venta simulada ó consentida en provecho de una persona interpuesta. ¿El pretendido adquirente pue-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I p. 103, núm. 82. Volvemos todavía á este punto en el núm. 182.

de oponer su derecho á los acreedores del acreedor verdadero? Nó, dice la Corte de Bruselas, pues la transcripción no cubre el vicio de la simulación ni ningún otro vicio que hace anulable el acta. El recurso de casación fué desechado sobre conclusiones de Merlin, quien estableció muy bien en su requisitoria cuál es el efecto de la transcripción. No da nada más, dice, al adquirente de lo que le daba el contrato de venta; no es un título nuevo del que pueda argüir por ó contra él; nada cambia en el contrato, lo confirma sin agregarle nada. La transcripción no purga, pues, los vicios del acta. Si la venta está simulada la transcripción no hará propietario á aquel que no es verdadero adquirente. El contrato permanece viciado en manos del adquirente, como lo era en manos del vendedor. (1) Luego aquel que pudiera reivindicar contra el vendedor lo podrá contra el comprador, apesar de la transcripción del acta de venta.

164. Síguese de esto que la transcripción no opera la consolidación absoluta de la propiedad en manos de aquel cuyo título se hace público. Si entre los precedentes propietarios hubo uno que no transcribió la propiedad será incierta. Y aunque todas las actas translativas fueran registradas quedaría aún una incertidumbre resultante de los vicios que pueda tener uno de estos títulos, vicios que la transcripción no les quita. Esto no impide que aquel que quiere comprar consulte útilmente el registro de transcripciones; si éste es completo podrá remontar de adquisición en adquisición y asegurarse de que su autor había adquirido por la prescripción de treinta años, la que se opera por la acumulación de posesión. La prescripción es, en definitiva, la única prueba irrefutable de la propiedad y el único medio que ponga al posesor al abrigo de la evicción (t. VI, núms. 159 y siguientes).

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Expropiación*, pfo. 2.^o
P. de D. TOMO XXIX—27

§ II.—DE LAS ACTAS TRANSLATIVAS DE PROPIEDAD.

Núm. 1. *¿Cuáles son los terceros que pueden prevalecerse de la falta de transcripción.*

165. La Ley Hipotecaria dice (art. 1.º) que hasta la transcripción las actas translativas de propiedad no podrán ser opuestas á los terceros que hubieran contratado en fraude. Las palabras *á los terceros que hubieren contratado* están tomadas de la ley de 11 Brumario, año VII, que agregaba: *con el deudor*. Esta fórmula es demasiado restrictiva. Diremos más adelante que la falta de publicidad puede ser opuesta á todos los terceros, aunque no hayan contratado *con el vendedor*. Nuestra ley ha quitado estas palabras, que no cuadraban con su sistema de publicidad, más amplio que el de la ley de Brumario. Las palabras *que han contratado* están también de más, en cierto sentido. Si se las tomara á la letra habría que decir que los terceros que tienen una hipoteca legal no quedan comprendidos entre los terceros que pueden prevalecerse de la falta de transcripción; tal no es seguramente el espíritu del legislador. (1) Basta que los terceros tengan derecho, cualesquiera que sean, y que estos derechos estén comprometidos por la no publicidad para que puedan oponer la falta de transcripción.

El Código Civil sentaba el principio en otros términos en lo relativo á las donaciones no registradas; según el artículo 941 la falta de transcripción podrá ser opuesta por *toda persona teniendo interés*. Hay todavía una tercera fórmula del mismo principio en materia de substitución; el art. 1070 dice que la falta de transcripción del acta conteniendo la disposición podrá ser opuesta por los *acreedores y terceros adquirentes*. ¿Qué debe entenderse en el art. 941 por *toda persona teniendo interés*? Esto estaba demasiado controver-

1 Compárese Aubry y Bau, t. II, p. 306, nota 77 y p. 307, nota 79 y los autores que citan.

tido; unos decían que podía interpretarse el Código Civil por la ordenanza de 1235; otros relacionaban el principio del Código con la ley de 11 Brumario, año VII; en fin, los había que apartaban la tradición diciendo que el Código debía interpretarse por sí mismo. El art. 1070 parecía precisar cuáles eran las personas teniendo interés, diciendo que los *acreedores y terceros adquirentes* podían oponer la falta de transcripción. Pero ¿cuáles eran esos *acreedores*? ¿Eran sólo los hipotecarios ó también los quirografarios? Este punto estaba igualmente controvertido, y la controversia se renovó bajo el imperio de la nueva ley. Esta habla de los *terceros* en general; ¿cuáles son estos terceros? El sentido de la palabra *terceros* debe ser determinado según el objeto de la disposición en que está empleada. Y en el art. 1.º de la Ley Hipotecaria es seguro que la palabra *terceros* está empleada por oposición á las partes contratantes. Este es, en efecto, el principio que la ley establece en cuanto á la translación de la propiedad inmobiliar. Entre las partes, vendedor y comprador, por ejemplo, la propiedad se transfiere por el solo efecto del contrato; para con los terceros la propiedad sólo queda transmitida el día en que se registra el acta. Los terceros son, pues, todos aquellos que no figuran en el acta y que, por consiguiente, no la conocen; es porque no la conocen por lo que no se les puede oponer el acta no registrada. Lo que confirma esta interpretación es que la ley no permite á los terceros prevalecerse de la falta de transcripción si han tenido conocimiento del acta no registrada. Luego son terceros todos aquellos que ignoran el acta; y en principio la ignoran por sólo que no firmaron en ella. Ya no se trata de saber cuál es el interés de aquel que opone la falta de transcripción; nuestra ley ya no habla de interés, como lo hacía el Código Civil; basta ser tercero y que se tenga un interés cualquiera, según el derecho común que exige un interés, para promover en justicia.

Queda por saber si el principio de la Ley Hipotecaria, tal como lo acabamos de interpretar, es aplicable en materia de donaciones y de substituciones fideicomisarias. En cuanto á las donaciones no hay duda, puesto que están comprendidas expresamente en la nueva ley. Lo mismo pasa con las substituciones que se hacen por donaciones entre vivos. Cuando la substitución se hace por testamento la Ley Hipotecaria deja de ser aplicable, pues sólo se refiere á los actos entre vivos; las disposiciones testamentarias están fuera de la nueva ley, luego se rigen por la ley antigua. Volveremos á las dificultades que presenta la aplicación del principio en lo que se refiere á las substituciones.

Si se admite el principio tal como lo acabamos de explicar la mayor parte de las controversias caen; sólo se trata de determinar cuáles personas son partes contratantes y cuáles no lo son; las últimas pueden oponer la falta de transcripción, las otras no lo pueden.

166. Que los adquirentes sean terceros esto no fué nunca contestado. Poco importa que sean legatarios del vendedor; se puede ser legatario en el sentido de que se saca su derecho del vendedor; y se es tercero en cuanto á estas actas por sólo que no se figuró en ellas ni se pudo conocerlas. De ahí esta consecuencia: que si un propietario vende la cosa á dos adquirentes es, de los dos, el que registró quien se convierte en propietario, aunque su adquisición fuera la última. (1) No pasa lo mismo bajo el imperio del Código Civil; es el primer adquirente quien es propietario, siempre que pueda probar su autenticidad por una acta teniendo fecha cierta. Ya hemos dicho que en el Consejo de Estado Tronchet se opuso con violencia al nuevo principio, que trataba de funesto y desastroso; lo es efectivamente en el caso para el adquiren-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 108, núm. 81. Denegada, 8 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 184) y 31 de Mayo de 1875 [Daloz, 1876, 1, 496]. Compárense las sentencias pronunciadas en materia de donaciones [Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núms. 1578 y 1579].

te, puesto que será vencido por el segundo; pero si sufre la evicción es porque descuidó cumplir las formalidades de la publicidad que lo hubieran hecho propietario para con los terceros. No se puede azusar la ley cuando no se cumple con ella.

167. Puede suceder que los títulos de los adquirentes sucesivos hayan sido presentados el mismo día al registro público. ¿Cuál de los dos será propietario en este caso? El artículo 123 decide la dificultad: «La preferencia se determina por el número de orden bajo el que fué hecha la entrega de los títulos en el registro destinado á este efecto; es decir, en el libro de depósito» (núms. 144 y 145). Esta es la aplicación lógica del principio de que la fecha de la transcripción determina la translación de la propiedad para con los terceros. El art. 123 agrega: «Sin perjuicio, no obstante, de lo prescrito en el art. 81.» Según esta disposición los acreedores hipotecarios inscriptos el mismo día ejercen en competencia una hipoteca de la misma fecha. Se ha dado como razón de la diferencia que la ley pone entre la transcripción de dos títulos y la inscripción de dos hipotecas hechas un mismo día, que varios acreedores pueden, en rigor, repartirse el precio procedente de la venta del inmueble hipotecado, pero que dos adquirentes no pueden ser propietarios cada uno del inmueble, á menos de ser copropietarios; y cada uno entendió ser propietario exclusivo; la ley tuvo, pues, que pronunciarse en favor de uno de ellos, y es naturalmente aquel que primero se presentó al registro. Volveremos á la cuestión.

168. ¿Pueden los donatarios prevalecerse de la falta de transcripción de una acta anterior, ya sea á título gratuito ó á título oneroso? Esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil y la controversia no cesó después de la nueva ley. En nuestro concepto los principios tienen una certeza que debe poner fin á toda duda. Desde

luego hay que abandonar el art. 941 y aun el 1072, puesto que la Ley Hipotecaria abrogó el Código Civil en lo relativo á la transcripción de las actas entre vivos á título gratuito translativas de inmuebles (núms. 44 y 45). La cuestión debe, pues, ser decidida por el art. 1.º de la ley de 1851. Y la ley pone en la misma línea las actas á título gratuito y las actas á título oneroso; unas y otras deben ser transcritas para poder ser opuestas á los terceros. Entre estos terceros figuran en primera línea los adquirentes, sin distinguir entre los compradores y los donatarios. Esto decide la cuestión. Decir que los compradores pueden oponer la falta de transcripción mientras que los donatarios no lo pueden es hacer una distinción que la ley ignora. ¿Y quién autoriza á los intérpretes para hacerla? ¿En virtud de qué principio los donatarios, que son incontestablemente terceros, habían de ser excluidos del beneficio que el art. 1.º concede á todos los terceros? La distinción conduciría á una excepción, é introducir una excepción en la ley es modificarla; el legislador sólo tiene este derecho.

Aplicamos estos principios á los casos en que un adquirente á título oneroso no hubiera transcrita; el donatario que transcribió será propietario para con los terceros. Los principios son idénticos; la ley no distingue, no hace ninguna excepción; lo que es decisivo. No se puede invocar en favor del comprador más que la equidad; su causa es seguramente más favorable, puesto que trata de evitar una pérdida, mientras que el donatario quiere hacer una ganancia á expensas suyas. La contestación es sencilla y perentoria; si el comprador pierde no es porque hay un donatario, es porque descuidó transcribir; pierde, pues, por culpa suya; y con qué derecho descarga la responsabilidad de su culpa en el donatario? (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 95, núm. 74. En sentido contrario Casier y Oles.

Se opone también otra objeción al donatario. Aquel que después de haber vendido un inmueble hace una donación de él comete un fraude en perjuicio del adquirente; éste puede, pues, atacar la donación como hecha en fraude de sus derechos; ¿de qué serviría al donatario reclamar un bien dado en virtud de la donación, puesto que tendría que devolverlo en virtud de la acción pauliana? Este es el caso de decir con Troplong que el que debe garantía no puede vencer. Dejemos á un lado este adagio que nada tiene de común con nuestro caso. ¿Cómo se quiere que el donatario esté obligado á la garantía cuando no es vendedor ni representante de éste? ¿Es verdad que el primero tendría la acción pauliana? El vendedor permaneció propietario para con los terceros; tiene, pues, el derecho de enajenar; ¿puede considerarse como acta fraudulenta la donación que el vendedor tiene el derecho de hacer? Se dirá que para con el comprador cesó de ser propietario; sin duda, ¿pero cuál es la consecuencia de esto? Es que si dispone de la cosa, con cualquier título, tendrá que garantizar al comprador contra la evicción; es decir, que le deberá daños y perjuicios; pero el comprador no puede atacar la donación, puesto que ésta se hizo legalmente; no tiene ningún vicio, puesto que el vendedor tenía el derecho de enajenar una cosa de la que permanecía propietario para con los terceros. (1)

169. El art. 1072 ministra á los partidarios de la opinión contraria un argumento decisivo; dice así: «Los donatarios, legatarios, ni los herederos legítimos de aquel que habla hecho la disposición, ni sus donatarios, legatarios ó herederos podrán, en ningún caso, oponer á los llamados la falta de transcripción ó inscripción.» Si en materia de substitución, se decía, los donatarios no son terceros no lo son en mate-

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 312, núms. 154 á 156. En sentido contrario Rivière y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 122, núms. 177 á 179. Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 52, núm. 437. Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 42, núms. 868 y 869.

ria de donación. El argumento no era tan perentorio como se cree; la disposición del art. 1072 tiene todos los caracteres de una excepción al derecho común; confirma, pues, la regla del art. 941, y según este artículo era difícil no reconocer á los donatarios la calidad de terceros. De cualquiera manera el art. 941 está hoy fuera de causa; se trata de saber si el art. 1072 está aún en vigor ó si fué derogado por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. En lo relativo á las substituciones hechas por donaciones caen bajo la aplicación de la Ley Hipotecaria que abraza *todas las actas entre vivos á título gratuito*. En presencia de este texto absoluto no se concebiría que los donatarios fuesen terceros para tal acta y no lo fueran para tal otra. *Todo* tercero, es decir, todos los que no han sido partes en el acta no transcripta pueden oponerse á la falta de transcripción; la ley belga, más general que el Código Civil, debe aprovechar á los donatarios, cualquiera que sea el acta no transcripta que se les quiera oponer.

Si la substitución se hizo por testamento sólo tiene efecto á la muerte del testador. Se supone que éste, después de haber dispuesto con cargo de restitución, hace donación entre vivos de un bien comprendido en la substitución: ¿há lugar, en este caso, á aplicar el art. 1072? La cuestión no tiene sentido. El donatario que invoca la falta de transcripción la debe él mismo haber transcripto, y si ha transcripto la donación los bienes dados han salido del patrimonio del donante con respecto á todos; no puede ya disponer de ellos porque sería dar la cosa ajena. La donación, en este caso, revoca la substitución para los bienes dados; los llamados están, pues, sin derecho; no pueden recoger bienes que no se les ha legado. El art. 1072 no es, pues, aplicable á las substituciones hechas por testamento.

170. Los acreedores hipotecarios son también terceros. Esto era admitido bajo el imperio del Código Civil para las

donaciones no transcriptas; los donatarios no podían oponer su derecho á los acreedores hipotecarios que habían tomado inscripción en un momento en que la donación no estaba transcripta aunque la hipoteca se hubiese constituido después de la donación. Al prescribir la publicidad de las donaciones inmobiliarias el Código Civil tuvo principalmente por objeto resguardar los intereses de los acreedores hipotecarios; hé aquí por qué no sometía á la transcripción más que las donaciones de los bienes susceptibles de hipoteca (art. 939) no estando los acreedores hipotecarios interesados en la publicidad de las demás donaciones. La jurisprudencia estaba unánime en este sentido. (1) Conforme á nuestra Ley Hipotecaria el derecho de los acreedores es del todo evidente; la ley es más general que el Código Civil, quiere garantizar todos los intereses, entre los cuales el de más consideración y el más usual es el de los acreedores hipotecarios; pueden, pues, oponer la falta de transcripción de toda acta translativa de propiedad á título oneroso ó gratuito.

La publicidad aprovecha á los adquirentes como la falta de publicidad los perjudica. Si transcriben su contrato los acreedores hipotecarios no pueden tomar inscripción posteriormente á la transcripción; el art. 112 de la Ley Hipotecaria lo dice terminantemente: "Toda inscripción tomada en los precedentes propietarios posteriormente á la transcripción es inoperante." Esto es una consecuencia del principio de la publicidad; aprovecha á los que hacen sus derechos públicos, perjudica á los que no cumplen con las formalidades prescriptas por la ley. Por aplicación de este principio los terceros adquirentes que transcriben su contrato deben tener el derecho de oponer la falta de inscripción.

(1) Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1562.

ción á los acreedores hipotecarios que no hubieren hecho públicas sus hipotecas cuando la transcripción. Esta es la gran ventaja que ofrece la publicidad á los que quieren adquirir inmuebles; los derechos no hechos públicos cuando la transmisión del acta de adquisición no pueden oponerse á los terceros adquirentes; en vano los acreedores tomarán inscripción; ésta sería inoperante, dice el art. 112.

171. Síguese de esto que el art. 834 del Código de Procedimientos queda abrogado. Según esta disposición los acreedores hipotecarios y privilegiados que no habían tomado inscripción antes de la enajenación del inmueble gravado con la hipoteca ó el privilegio podían tomarla en los quince días de la transcripción que el adquirente operaba como preliminar de la purga. Esta disposición era necesaria bajo el imperio del Código Civil, que no prescribía la transcripción como condición de la transmisión de la propiedad para con los terceros; la transcripción no era requerida sino cuando el adquirente quería purgar; mientras no anunciaba la intención de purgar los acreedores hipotecarios podían inscribir su hipoteca cuando querían; la propiedad de los derechos estaba determinada en el sistema del Código por la fecha de las actas. Pero cuando el tercer adquirente purgaba los acreedores tenían gran interés en inscribirse, puesto que no podían ejercer el derecho de subasta más que si estaban inscriptos; había, pues, que dejarles cierto plazo después de que el adquirente había declarado, al transcribir su contrato, que tenía intención de purgar. Y hasta este plazo era de poca utilidad para los acreedores, puesto que la transcripción sólo era conocida de aquellos que se tomaban el trabajo de consultar los libros del conservador.

En el sistema de la nueva ley todo derecho no publicado no existe para con aquellos que adquirieron la propiedad del inmueble en un momento en que no había transcripción;

el art. 112 de la Ley Hipotecaria abroga, pues, el art. 834 del Código de Procedimientos.

172. El derecho de los acreedores hipotecarios da lugar á una cuestión muy controvertida. Se supone que un acreedor embarga el inmueble que le fué hipotecado; y se sucede que este inmueble había sido enajenado antes del embargo sin que el acta hubiera sido transcripta. ¿Puede el adquirente oponer su derecho al acreedor embargante? En nuestro concepto no lo puede. Es verdad que el deudor que concedió una hipoteca en el inmueble permanece propietario; puede, pues, enajenar el inmueble, pero esta enajenación no puede oponerse á los terceros mientras tanto no haya sido transcripta. Esto quiere decir, como lo hemos explicado (núm. 159), que la enajenación no transcripta está considerada para con los terceros como no existente; luego el inmueble para con ellos se encuentra todavía en el patrimonio del deudor; por tanto, los acreedores hipotecarios que son terceros (núm. 170) pueden embargar el inmueble como si no se hubiera vendido; el comprador no puede oponerles su título para que declaren nulo el embargo, porque por no haber transcrito su contrato no es propietario para con los terceros.

Se objeta que los acreedores, cualesquiera que sean, hipotecarios tanto como quirografarios, no pueden embargar más que los bienes que están en el dominio de su deudor; el acreedor hipotecario tiene un derecho más; puede, si el deudor enajena el inmueble hipotecado, ejercer un derecho de persecución y perseguir hipotecariamente al tercer tenedor, pero no puede embargar el inmueble contra el deudor, puesto que el bien no está ya en el patrimonio de éste; desde la venta el inmueble dejó de ser su prenda, á reserva del ejercicio del derecho de persecución. Sin duda el deudor que tiene hipotecada una heredad permanece propietario de ella, tiene el derecho de enajenarla, y al hacerlo deja de estar so-

metido á la acción hipotecaria, pero con una condición: es que el acta de venta esté registrada. Hasta entonces la venta no existe para con los terceros, luego no existe para con el acreedor hipotecario; la consecuencia es que el inmueble está todavía en el patrimonio del deudor; es, pues, todavía prenda del acreedor; de donde se sigue que puede ser embargado contra el deudor.

La objeción á la que vamos á contestar no toma en cuenta la innovación que el principio de publicidad ha traído al Código Civil; todo lo que se opone al acreedor hipotecario esa verdad bajo el imperio del Código que permitía al adquirente oponer su derecho á los terceros sin ninguna publicidad; el Código permitía por esto mismo al vendedor sacar de su patrimonio el bien hipotecado sin hacer pública la venta; por tanto, no le quedaba al acreedor hipotecario más que el derecho de perseguir el inmueble en manos del tercer adquirente ejerciendo su acción hipotecaria contra éste. Pero todo esto ha cambiado. La clandestinidad de la venta comprometía los intereses de los terceros. ¡Cosa singular! los partidarios de la opinión que combatimos lo confiesan: reconocen que los gastos del embargo serán á cargo del acreedor que lo operó. Esto es confesar que la clandestinidad causa un perjuicio á este acreedor. Bajo el imperio del Código Civil esto era lógico, puesto que la ley no cuidaba en nada el interés de los terceros. Pero esta lógica era funesta á los terceros; por esto el legislador reemplaza la clandestinidad por la publicidad. El cambio es radical. Resulta que los terceros no pueden ya ser perjudicados, y para que no lo puedan ser la ley no quiere que se les opongá actas no transcriptas. Cuando la venta hecha por el deudor no está registrada el acreedor hipotecario debe creer que el inmueble está todavía en el patrimonio de su deudor; para con él el inmueble no está enajenado; puede, pues embargarlo contra el deudor. Si después el adquirente transcribe los gas-

tos del embargo no tienen que ser á cargo del acreedor, quien sólo usa de su derecho; el embargo queda válido, el derecho del acreedor hipotecario prevalece sobre el del adquirente porque el primero era público mientras que el segundo había permanecido oculto. (1)

No entraremos en la discusión de los diversos sistemas de la jurisprudencia porque la cuestión y las dificultades que suscitan proceden en parte de los principios que rigen al embargo, materia que está fuera de los límites de nuestro trabajo. Sólo hay una cuestión que nos interesa todavía: es la de saber si los acreedores quirografarios pueden embargar los muebles de su deudor mientras que la enajenación que hizo de ellos no fué publicada por la transcripción. Vamos á volver á este punto al tratar de los acreedores quirografarios.

173. ¿Los acreedores quirografarios son terceros en e sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria? Esta cuestión está controvertida; lo era ya bajo el imperio del Código Civil para las donaciones inmobiliarias así como para las substituciones. Es inútil renovar el debate al que el art. 941 ha dado lugar, puesto que esta disposición fué reemplazada por la nueva ley. Importa, sin embargo, hacer constar que la opinión generalmente seguida se pronunciaba en favor de los acreedores y se apoyaba en el art. 941, que dice así: «La falta de transcripción podrá ser opuesta por *toda persona teniendo interés*» que parecía comprender á los acreedores quirografarios. (2) En cuanto á las substituciones el art. 1070 está concebido, poco más ó menos, en los mismos términos

1 Bertauld, en el *Repertorio periódico* de Dalloz, 1858, 2, 162 y nota. En sentido contrario, Mourlón, *Disertaciones (Revista práctica)*, t. I, ps. 472 y siguientes; id., *De la transcripción*, t. II, p. 82, núm. 55 y siguientes; compárense en sentido diverso los autores y las sentencias que cita. Agréguese Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 73, núms. 850 á 853. Aubry y Rau, t. II, p. 313, número 96.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Donaciones*, núm. 1367, 1.º á 4.º

que la Ley Hipotecaria que permite á los *terceros* invocar la falta de transcripción, y el Código Civil dice que la falta de transcripción podrá ser opuesta por los *acreedores y terceros adquirentes*; y siempre se entendió por *terceros*, en materia de transcripción, aquellos que compran y á los que prestan á los adquirentes y á los acreedores. Queda por saber si la palabra *acreedores* comprende á los quirografarios, y es esta misma dificultad la que se presenta para la palabra *terceros*. Es, pues, por la nueva ley por lo que la cuestión debe ser decidida para todas las actas sometidas á la transcripción. Lo fué por la Corte de Casación en favor de los acreedores quirografarios; la sentencia pronunciada en el informe de Defacqz ha hecho jurisprudencia; (1) en lo que vamos á decir sólo desarrollaremos los motivos dados por la Suprema Corte.

La Corte invoca el texto y el espíritu de la ley. Según el art. 1.º las actas translativas y declarativas de derechos reales inmobiliarios deben ser registradas; hasta entonces no pueden ser opuestas á los terceros. El art. 5 establece el mismo principio en iguales términos para la cesión de créditos privilegiados ó hipotecarios; no puede ser opuesta á los *terceros* más que si fué hecha pública por vía de transcripción. ¿Qué debe entenderse por la palabra *terceros*? Ya hemos contestado á la cuestión (núm. 165); la Corte de Casación dió la misma respuesta. La palabra *tercero* empleada en el art. 1.º sin ninguna adición significa en su acepción ordinaria y lógica todas las personas que no han sido partes en el acta no transcripta, sin distinguir si el interés que tienen en atacarla procede de un derecho real en el inmueble ó cualquiera otra causa legítima. Cuando el texto está claro y terminante debe uno atenerse á él, á no ser que resulte del espíritu de la ley que el texto no corresponde

1 Denegada, 8 de Mayo de 1856 (Pasicrisia, 1856, 1, 260). Lieja, 14 de Agosto de 1867 (Pasicrisia, 1867, 2, 463).

evidentemente á la mente del legislador, y lejos de esto el espíritu de la ley está aquí en armonía con el texto. ¿Cuál es el objeto de toda Ley Hipotecaria? ¿Cuál fué, sobre todo, el objeto de las disposiciones preliminares de nuestra ley al prescribir la publicidad de todas las actas que pueden interesar á los terceros? La Corte de Casación contesta con excelentes términos que vamos á transcribir. «Para facilitar las transacciones, rodeándolas de garantías, la ley de 16 de Diciembre de 1851 quiso establecer el crédito inmobiliario sobre bases de las que cada cual pudiera comprobar en todo tiempo la solidez, y fundó este sistema en la publicidad de la mutación de los derechos reales y de los cargos que afectan la propiedad inmobiliar.» Que la transcripción haya sido establecida para ilustrar á todos los que tratan con los propietarios de inmuebles sería difícil negarlo; y si *cada cual* tiene interés en la publicidad cada cual está por esto mismo interesado en prevalecerse de la falta de publicidad; luego los acreedores quirografarios deben ser admitidos, tanto como los hipotecarios y los terceros adquirentes, á oponer la falta de transcripción, pues en lugar de ser una garantía la publicidad sería un engaño si no tuviera por sanción el principio establecido por el art. 1.º de la ley y repetido por el art. 5: que las actas no transcriptas no pueden ser opuestas á los terceros.

Tal es el espíritu general de nuestra ley, puesto que tuvo por objeto reemplazar el régimen de clandestinidad, funesto al crédito, por un régimen de publicidad que funda el crédito sobre la publicidad dando á conocer la situación de los propietarios á todos aquellos que contratan con ellos. Decimos á *todos aquellos* que tratan con un propietario de inmuebles; á no ser que la ley excluya á los acreedores quirografarios éstos pueden invocar el beneficio de la publicidad como cualquier tercero. Tenemos que ver si la exclusión de estos acreedores, que no resulta del texto de la ley, re-

sulta de los trabajos preparatorios, en donde ordinariamente se busca lo que se llama el espíritu de la ley. Ante todo importa precisar bien el debate. Los términos generales de la ley comprenden á los acreedores quirografarios bajo el nombre de *terceros*; para que esté permitido al intérprete apartarse del texto es necesario una prueba positiva de que la voluntad del legislador ha sido excluirlos. ¿Las decisiones ministrarán esta prueba? El Procurador General, quien formuló conclusiones contrarias, invoca las explicaciones que las comisiones del Senado y de la Cámara de Diputados han dado acerca del alcance de la ley, *restringiéndola* siempre á los terceros adquirentes de derechos reales. La palabra *restringir* no es exacta, parece decir que los informes *excluyen* á los acreedores quirografarios, mientras que en realidad no habla de ellos. Esto basta ya para quitar toda autoridad á los trabajos preparatorios; la cuestión que discutimos no ha sido prevista en los informes ni en las discusiones; y cómo hubieran decidido una cuestión que no fué discutida el Senado y la Cámara de Representantes? Hé aquí cómo sucede que los trabajos preparatorios invocados contra los acreedores también se invocan en su favor. Esto es lo que hace la Corte de Lieja al transcribir el texto de los informes; hélos aquí: Se lee en el informe de la comisión especial que preparó la nueva ley "que esta ley tuvo por objeto *facilitar las transacciones*, asegurar el crédito del modo más completo, dando la mayor publicidad á las mutaciones inmobiliarias." Por su parte el Relator de la Cámara de Diputados, M. Lelièvre, cita las costumbres de realización de investidura, á las que volveremos. En fin, el Ministro de Justicia, M. Tesch, después de señalar los vicios del Código Civil y los inconvenientes que la clandestinidad presentaba para los prestamistas, decía, al exponer los motivos de la nueva ley, que ésta se apartaba completamente de los principios del Código Napoleón; que, según el art. 1.º, la

transmisión de derechos reales no tendría *efecto para con los terceros* más que por la transcripción del acta; de aquí la consecuencia de que el propietario que vende *permanece propietario para con los terceros* mientras que esta formalidad no está cumplida.

Estas explicaciones no previenen textualmente nuestra cuestión, no la deciden. Sin embargo, es seguro que la Exposición de los Motivos de la ley, tal como fué hecha por todos los órganos oficiales del Poder Legislativo, es favorable á los acreedores quirografarios, pues los motivos que alegan son generales tanto como el texto; ¿qué importa que citen como ejemplo á los terceros adquirentes de derechos reales? Hacen lo que siempre se hace cuando se aplica una ley: se les aplica á los casos que se presentan ordinariamente; decir que los terceros adquirentes y acreedores hipotecarios aprovecharán de la publicidad no es decir que los acreedores quirografarios no la aprovecharán cuando los mismos motivos por los cuáles los primeros pueden invocar la falta de publicidad se aplican literalmente á los últimos. Este es el verdadero espíritu de la ley; esto es lo que dice muy bien la Corte de Casación: "La ley no limitó su solicitud á los contratos relativos á derechos reales, pero llevando su vista más allá quiso para todos los casos hacer seguro y notorio y público el estado de la fortuna inmobiliar de aquel que se obliga; en consecuencia que, en fé de esta situación, se contenta con un compromiso personal; está después, protegido por el art. 1.º contra todos los que no se hayan conformado á sus disposiciones, si tiene que recurrir á los inmuebles del deudor."

La Corte dice que esto es *evidente*. Esta es una palabra que puede emplearse pocas veces, en nuestra creencia, en la que todo está sujeto á controversia. No obstante, diremos con la sentencia, que si se atiende uno al espíritu gene-

ral de la ley de 1851 se puede afirmar que es favorable á los acreedores quirografarios. ¿De qué se quejaba uno bajo el régimen del Código Civil? ¿Por qué se le hallaba defectuoso? Porque no había ningún medio de asegurarse de que el propietario aparente lo fuera realmente; los acreedores quirografarios eran engañados por la clandestinidad, tanto como los acreedores hipotecarios, pues trataban en la fe de una riqueza inmobiliar que no existía si el propietario había enajenado los bienes con los que los acreedores contaban cuando no tenían ningún medio de conocer las enajenaciones. ¿Qué quiso la nueva ley? Hacer públicas las mutaciones con objeto de ilustrar á todos aquellos que tienen interés en conocer la situación inmobiliar de las personas con quienes tratan. ¿Quiso ilustrar á los unos y no á los otros? La cuestión es bastante absurda. ¿Cómo el legislador señala los defectos de la clandestinidad, declara que los remediará por la publicidad más amplia y subentendiendo que los beneficios de la publicidad no podrán ser invocados más que por ciertos acreedores y no por otros. Diría el legislador: «A merced del sistema de publicidad que organizo los terceros podrán tratar con toda confianza, ya no serán engañados por una propiedad aparente,» y él mismo induciría en error á una parte considerable de esos terceros, los más numerosos, los acreedores quirografarios, y los engañaría por un subterfugio, sin decir á estos acreedores que no deben contar con la publicidad cuando el texto de la ley dice que todo tercero puede contar con ella. Esto es imposible en el sentido de que la Corte de Casación tiene razón en decir que es evidente que la nueva ley, al proclamar el principio de publicidad, quiso que aprovechase á todos y garantizar todos los intereses.

174. Tenemos ahora que contestar á las objeciones que se hacen á la doctrina de la Corte de Casación. Se invoca desde luego la tradición. Si ésta fuera constante esto se-

ría un poderoso perjuicio en favor de la opinión que excluye á los acreedores quirografarios. ¿Pero cuál es la tradición con la que se relaciona la Ley Hipotecaria? El Procurador General invoca la ley de 11 Brumario, año VII; la Corte de Casación dice, al contrario, que la nueva ley reproduce las obras de ley de las costumbres de investidura. ¿Quién tiene razón? Diremos de la tradición lo que acabamos de decir de los trabajos preparatorios; la cuestión de saber si los acreedores quirografarios son terceros no ha sido prevista, cuando la decisión, ni por las comisiones ni en el seno de las Cámaras. No puede, pues, decirse que los autores de la ley belga han excluido á los acreedores quirografarios, puesto que han reproducido la ley brumaria, la que no tenía en contra más que á los acreedores hipotecarios y á los terceros adquirentes. Y no se puede decir tampoco que la ley nueva reproduzca el sistema de las costumbres que comprendía á los acreedores quirografarios entre los terceros para los que los deberes de ley tenían por objeto garantizar los intereses. Sin embargo, una cosa es segura: es que nuestra ley procede más bien de las costumbres de investidura que la ley de Brumario. Acerca de este punto los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda. Y no hay que sorprenderse de ello; la publicidad de las transacciones inmobiliarias y la más lata publicidad dando satisfacción á todos los intereses, sin excluir ninguno, es para nosotros una tradición nacional, es la gloria del derecho de costumbre belga, pues todas nuestras costumbres consagraban el sistema de las obras de ley, mientras que en Francia la clandestinidad romana formaba el derecho común y la publicidad sólo era admitida en algunas provincias que antaño habían hecho parte de Bélgica. ¿Qué más natural que el legislador belga haya seguido la tradición belga?

Todos los trabajos preparatorios están unánimes en este sentido. La comisión especial que propone el principio de

de publicidad se apoya en nuestras antiguas costumbres, según las cuales las mutaciones inmobiliarias no se operaban más que mediante las obras de ley; es decir, por una toma de posesión pública constando en registros públicos; todo tercero podía prevalecerse de la falta de publicidad. El relator de la comisión de la Cámara de Diputados cita igualmente nuestras costumbres. La realización, dijo M. Lelièvre, confería sólo un derecho real; sin ella el comprador sólo adquiere un derecho personal contra el vendedor; las costumbres de Brabante no consideraban más que como un derecho mueble la acción perteneciente al adquirente en virtud de un contrato no realizado. Nadie, se dirá, niega que el principio de publicidad proceda de las costumbres de investidura; ¿quiere decir esto que la transcripción se identifique con las obras de ley? En cuanto al principio sí. El Ministro de Justicia dijo en su discurso en que expone las innovaciones de la Ley Hipotecaria: «Las obras de ley de nuestro derecho antiguo quedan reemplazadas por la transcripción; para con los terceros la venta ya no será perfecta por la simple voluntad de las partes, lo será por la transcripción.» Estas palabras son considerables. Es precisamente porque la venta no transcrita no tiene *ningún efecto* para con los terceros por lo que los acreedores hipotecarios pueden oponer la falta de transcripción. La venta no transcrita es una venta no existente para con los terceros. ¿Y se concibe que una acta exista para tales terceros y no para tales otros? Nuestras costumbres eran más lógicas; negaban todo efecto á la venta no realizada para con todos; y nuestra Ley Hipotecaria dice también que la venta no transcrita no puede ser opuesta á los terceros.

175. Hay una ley más reciente, se dice, la de 11 Brumario, año VII; ésta es la que reprodujo el legislador belga; la prueba es que los términos son casi idénticos. El art. 26 de la ley de Brumario está concebido así: «Las ac-

tas translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas deben ser transcriptas en el libro de la oficina conservadora de hipotecas, en la jurisdicción de la en que están ubicados los bienes. Hasta entonces no podrán ser opuestas á los terceros que hubieran contratado con el vendedor y que se hubieran conformado con las presentes disposiciones.» La analogía entre esta redacción y la de nuestra Ley Hipotecaria es evidente; pero hay diferencias que son también incontestables, y estas diferencias implican un principio diferente. La Corte de Casación lo hizo observar para combatir el argumento que el Procurador General tomaba en la ley del año VII. Nuestra ley habla de los terceros en general, sin restringir la acepción general que esta expresión tiene en el lenguaje ordinario y especialmente en materia de transcripción. No sucede lo mismo con la ley de Brumario; ésta añade á la palabra tercero una disposición que limita su sentido; en efecto, el art. 26 dice que el acta no transcrita no puede ser opuesta á los terceros *que hubieran contratado con el vendedor y que se hubieran conformado con las presentes disposiciones*. Sólo, pues, los terceros que han hecho ciertos contratos con el vendedor pueden oponer la falta de transcripción. ¿Cuáles son estos contratos? El art. 26 lo dice: son los que la ley del año VII sometía á la publicidad; es decir, las actas de venta y las actas de hipotecas. Esto es excluir á los acreedores quirografarios, pues los contratos que éstos pasan no tienen que ser publicados. Así la comparación de ambas leyes prueba que tienen un objeto muy diferente; la ley de Brumario no sólo quiso resguardar el interés de los terceros que han estipulado un derecho real en la cosa vendida, no se ha preocupado de los derechos de los acreedores quirografarios; la ley belga, al contrario, entendió garantizar todos los intereses. Lo que también prueba que el espíritu de ambas leyes no es el mismo es que la publicidad es menos amplia en la ley de

Brumario; no prescribe la transcripción más que para las actas susceptibles de hipotecas, lo que indica que sólo tuvo en vista los intereses de los acreedores hipotecarios; mientras que la ley belga somete á la transcripción *todas* las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. La diferencia es característica y es decisiva. En un sistema de publicidad general y que tiene por objeto garantizar todos los intereses legítimos la exclusión de los acreedores quirografarios sería una anomalía inexplicable.

176. Es verdad que el legislador francés lo ha hecho. La ley de 23 de Marzo de 1855 excluye á los acreedores quirografarios; el Relator lo ha dicho terminantemente. Pero la comparación de esta ley con la nuestra prueba también que la ley belga está concebida en otro espíritu. El art. 3 de la ley francesa dice: «Hasta la transcripción los derechos resultantes de las actas y sentencias enunciadas en los artículos precedentes no pueden ser opuestos á los terceros que tienen derechos en el inmueble y que los han conservado conformándose á las leyes.» Se ve que la ley de 1855 es la reproducción de la del año VII y es la misma disposición, hecha más clara, pero también con las mismas restricciones. No tememos decirlo: el legislador francés se extravió por la tradición francesa, mientras que el legislador belga ha sido mejor inspirado por nuestra tradición de costumbre, las de investidura. La tradición francesa en esta materia es la tradición de la clandestinidad, de la que el legislador revolucionario tuvo el mismo trabajo de libertarse y de la que no se libertó más que de un modo imperfecto. Lo hemos dicho ya; la barbarie feudal aquí, como en muchas cosas, ha sido superior á la ciencia de los jurisconsultos. La crítica que hacemos de la ley de 1855 no tiene por objeto más que poner á toda luz el principio de la ley belga. Además, aun en Francia uno de los mejores comentadores de la ley, Mourlón, le ha reprochado como uno de sus grandes defectos la desigualdad

inexplicable que establece entre los acreedores quirografarios y los terceros que tienen un derecho real en la cosa. Transcribimos sus palabras; confirman todo lo que hemos dicho en favor de los acreedores quirografarios.

Después de haber recordado el informe que dice terminantemente que los acreedores quirografarios no pueden oponer la falta de transcripción, Mourlón agrega: «El principio es seguro, pero ¿es racional? ¿Qué fundamento lo legitima? ¿Por qué consideraciones se explica? Esto es lo que hemos buscado en vano. Si el error en el que los adquirentes los inducen por la clandestinidad de sus títulos puede causarles un perjuicio ¿por qué no ayudarlos? ¿Es su seguridad tan extraña á la organización del crédito, al movimiento regular de los negocios, al bien público, que se deba no tenerlo en cuenta? ¿Cómo no ver que abandonándolos así es, en lugar de crear la confianza, nulificarla, puesto que es hacer imperiosamente necesaria en todas partes la intervención de las garantías hipotecarias? El crédito no alcanzará su última perfección más que el día en que podrá pasarse de la hipoteca. Si, pues, el principio de la publicidad es justo, si es de orden público, debe ser la salvaguardia de todos aquellos, quienes quiera que sean, que con uno ú otro título pueden tener interés en conocer la medida del crédito que pueden abrir al propietario con el que se ponen en relación de negocios. (1)

177. Se hacen todavía otras objeciones contra la sentencia de la Corte de Casación; (2) hubiéramos creído inútil discutir las si un ilustre jurisconsulto, el Procurador General de la Corte de Casación, no les hubiera prestado el apoyo de su autoridad. El objeto de la Ley Hipotecaria, se dice, al ordenar la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios está indicado en el mismo título

1 Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 48, núm. 434.

2 Casier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 43, núm. 28. Cloes, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 53, núm. 105. Compárese Martou, *Comentario*, tomo I, p. 84, núm. 66 y p. 94, núm. 73.

de las disposiciones preliminares. Estas disposiciones tienen por rubro: *De la transmisión de derechos reales*; y se concluye de esto que se debe restringirlas á las personas que pretenden un derecho real. El argumento nos parece extraño. ¿No enseña el rubro lo que debe entenderse por *terceros* cuando no habla de ellos? Las palabras «de la transmisión de *derechos reales*» significan que los derechos reales están sometidos á la transcripción cuando son inmobiliarios, excepto los privilegios y las hipotecas. En otros términos: el rubro pone la cuestión de saber cuáles son los derechos reales que deben registrarse, pero es absolutamente extraño á la cuestión de saber cuál es el efecto de la *falta de publicidad*. Las disposiciones preliminares no responden directamente á la cuestión de saber si los acreedores quirografarios pueden prevalecerse de la falta de publicidad; esto es una cuestión de interpretación que se tiene que resolver tomando apoyo en el texto y espíritu de la ley. Concluir de que estas disposiciones preliminares tratan de la transcripción de derechos reales que sólo los que tienen un derecho real en la cosa pueden oponer la falta de publicidad es seguramente hacer decir al legislador lo que no quiso decir, pues, lo repetimos, la cuestión que examinamos no fué prevista por los autores de la ley y se quiere que la hayan decidido por un rubro que es extraño á ella! Esta es una de esas malas razones que debilitan una causa en lugar de fortificarla.

178. Pasa lo mismo con el argumento que se apoya en el art. 4, que, se dice, indica, si no explícitamente al menos implícitamente, cuáles son los derechos propios á la calidad de terceros y de los que, por consecuencia, depende esta calidad. Y el art. 4 dice: «Serán válidas todas las enajenaciones hechas, todas las hipotecas y demás cargos impuestos anteriormente á la inscripción de las demandas en renovación de derechos reales inmobiliarios.» El argumento

es uno de los que hacen violencia á la ley haciendo decidir al legislador las dificultades en las que no había pensado. Muy amenudo hemos dicho que se evitarían muchos errores si al interpretar una ley se pidiese ante todo su objeto y lo que el legislador quiso decidir. ¿Y cuál es el objeto del art. 4? ¿Decidir si los acreedores quirografarios son ó no terceros? Basta con leer la ley para convencerse de que el legislador ni siquiera pudo pensar en los acreedores quirografarios. Se trata de saber si, en el caso en que se revoca la propiedad sin retroacción, los actos de disposición emanados del propietario cuyo derecho está revocado se mantienen hasta la sentencia, ó hasta la demanda, ó hasta la publicidad de la demanda. La ley decide la cuestión en este último sentido, como ya lo había hecho el art. 958 del Código Napoleón. Se ve desde luego por qué el art. 4 no menciona más que los actos de disposición; esto es, que la sentencia que pronuncia la revocación sólo tiene efecto sobre dichos actos; lo que es una aplicación del principio de que la revocación de la propiedad implica la revocación de las actas de disposición hechas por el propietario; mientras que en el caso de revocación *ex nunc*, como se dice en la escuela, la revocación no hace decaer más que los actos posteriores á la inscripción de la demanda. ¿Qué tiene esto de común con el sentido de la palabra *terceros* del artículo 1^o en que no se trata de revocar?

179. Todavía se invoca contra los acreedores quirografarios el principio que rige el derecho que la ley da sobre los bienes de su deudor. Dichos bienes forman su prenda, pero ésta no les da ningún derecho actual sobre los bienes; el deudor conserva la plena y libre disposición; puede enajenarlos ó hipotecarlos y substraérselos por esto á la acción de sus acreedores personales; éstos no pueden embargar más que los inmuebles que el deudor posee en el momento en

que persiguen la ejecución forzada de las obligaciones que ha contratado; no pueden perseguir los bienes enajenados en poder de los terceros poseedores, porque no tienen el derecho de persecución. Qué importa, pues, que el acta sea transcripta ó no; desde que el inmueble sale del patrimonio de su deudor escapa á la acción de sus acreedores personales, puesto que no pueden promover sobre los bienes sino en tanto que son una dependencia de la persona.

Hé aquí un argumento que, á lo menos, tiene una apariencia jurídica, pero que sólo es una apariencia. Los derechos de los acreedores quirografarios sobre los bienes de su deudor eran efectivamente los que acabamos de decir bajo el imperio del Código Civil. Pero la cuestión de saber si son *terceros* en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria no puede decidirse por el Código Napoleón, debe serlo por la nueva ley; en efecto, el Código no daba á ningún tercero derecho contra los actos de disposición hechos por un propietario en el sentido de que no estando dichos actos sometidos á ninguna publicidad nadie podrá prevalecerse de falta de publicidad. Este sistema de clandestinidad está abrogado y reemplazado por el sistema de publicidad. Invocar una legislación abrogada para deducir que la nueva ley tiene el mismo sentido que la antigua es hacer una aberración. Los *terceros* tienen ahora derechos que no tenían bajo el imperio del Código; cuando se trata de *terceros* se puede, pues, dejar el Código para atenerse á la Ley Hipotecaria.

180. Decimos que el Código Napoleón no daba ningún derecho á los terceros contra los actos hechos por el propietario de inmuebles; dichos actos tenían efecto con respecto á los terceros aunque no se hubiesen hecho públicos. Había, sin embargo, una excepción, é importante, en lo relativo á la cuestión que discutimos. Las hipotecas y los privilegios estaban sometidos á la publicidad aunque las

actas translativas de propiedad inmobiliar no lo estuvieran. De lo que resultaba una grave consecuencia: que los acreedores hipotecarios no podían oponer su hipoteca á los terceros si no estaba inscrita; y entre dichos terceros se encontraban los acreedores quirografarios. La inconsecuencia del Código Napoleón era palpable. El propietario podía substraer todos sus bienes á la acción de sus acreedores personales enajenándolos; éstos no tenían el derecho de persecución, solamente podían intentar la acción pauliana si la enajenación si hiciera en fraude de sus derechos, acción muy azarosa, puesto que debían probar la complicidad de los terceros adquirentes. Mientras que si en vez de enajenar el propietario concedía una hipoteca, es decir, un simple derecho real, los acreedores quirografarios podían oponer á sus acreedores hipotecarios la falta de inscripción, pues entre los acreedores la hipoteca no tenía lugar más que desde el día de la inscripción; una hipoteca no inscrita no tendría eficacia con respecto á los terceros. ¿Preguntaremos si había una razón cualquiera para garantizar los derechos de los acreedores quirografarios contra las hipotecas ocultas cuando se les dejaba sin garantía contra las ventas ocultas? Nó, se pide la razón á una legislación inconsecuente en su fundamento. Pero á un nuevo legislador se tiene el derecho de preguntar por qué no corrige las faltas de la ley que tiene misión de corregir. En la interpretación que damos á la ley el legislador belga es consecuente y lógico; resguarda los derechos de *todos los terceros*, y los resguarda contra todos los actos hechos por un propietario de inmuebles. El Código Civil permitía á los acreedores quirografarios oponer á los acreedores hipotecarios la falta de inscripción de sus hipotecas; la ley belga extiende esta garantía á las enajenaciones.

Los acreedores quirografarios están, pues, tratados como *terceros* con respecto á los acreedores hipotecarios y á los

adquirentes. Habría habido en el sistema de publicidad de la nueva ley una injustificable inconsecuencia si considerara á los acreedores quirografarios como terceros con respecto á las hipotecas mientras que no los habría considerado como terceros con relación á las enajenaciones; extendiendo la publicidad incompleta del Código Napoleón á todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios debía también extender á todas estas actas lo que el Código decía de las únicas actas que sometía á la publicidad; es decir, de las hipotecas; *terceros* para las hipotecas en virtud del Código Civil debían ser también *terceros* para las enajenaciones en virtud de una ley que aplica á las enajenaciones el sistema de publicidad que el Código limitaba á las hipotecas. Es verdad que el legislador francés cometió esta inconsecuencia; pero se la ha reprochado duramente. «Por qué falta de lógica, dice Moulón, se han dejado expuestas á los peligros de la clandestinidad de las enajenaciones inmobiliarias á aquellas mismas que se ha creído deber, en interés del orden público, proteger contra la clandestinidad de las simples hipotecas. Sería difícil seguramente imaginar alguna cosa más contradictoria.» (1) Felicitémonos de que el legislador belga no ha cometido esta increíble inconsecuencia; ¿qué se dirá de aquellos que después de la sentencia de la Corte de Casación, después de la sentencia de la Corte de Lieja, se obstinan en querer dar á la ley belga una interpretación que conduce á inconsecuencias que nuestros vecinos del Mediodía deploran amargamente?

181. En la opinión que niega á los acreedores quirografarios los derechos que los terceros tienen para oponer la falta de transcripción se presenta una dificultad en la que hay controversia. Los acreedores quirografarios tienen derecho de embargar; si embargan un inmueble de su deudor ¿prevalecerá la enajenación al embargo ó el embargo á la

1 Moulón, *De la transcripción*, t. II, p. 49, núm. 435.

enajenación? En nuestra opinión la solución no es dudosa. Los acreedores pueden embargar los bienes de su deudor mientras que no los ha vendido, y la venta no existe para con los terceros sino cuando fué transcrita. En la opinión contraria la cuestión está muy controvertida. Nos limitamos á presentarla tal cual se presenta según la legislación francesa, que no considera á los acreedores quirografarios como terceros. Se distingue. Si la enajenación es posterior á la transcripción del embargo es nula; el Código de Procedimientos lo dice. Si la enajenación es anterior á esta transcripción entonces nace la dificultad que hemos señalado. Ha dado lugar á tres sistemas. Si los acreedores quirografarios no son terceros, dicen unos, hay que decidir que la enajenación hace caer su derecho de embargo, pues los bienes vendidos salen del patrimonio del deudor; aunque la venta no fuera transcrita los acreedores quirografarios no pueden invocar la falta de transcripción. En otra opinión se sostiene que la transcripción del embargo cambia el derecho de los acreedores embargantes; de personal que era se convierte en real y, por tanto, la enajenación no transcrita en el momento en que el embargo se hace público no puede ser opuesta. En fin, en un tercer sistema se distingue entre los acreedores quirografarios y los hipotecarios; á estos se les reconoce el derecho de prevalecerse de la falta de transcripción y se le niega á los otros. (1) No entraremos en este debate, puesto que en la doctrina consagrada por la jurisprudencia de las cortes de Bélgica no puede ya presentarse, y si se admite la opinión contraria la controversia pertenece al procedimiento.

Núm. 2. Del conflicto entre legatarios de autores diferentes.

182. Hemos supuesto hasta aquí que el conflicto nacido

1 Moulón, *De la transcripción*, t. II, núms. 85 y siguientes, y núms. 106 y siguientes.

de la falta de transcripción se presenta entre personas cuyo derecho procede del mismo autor. ¿Los principios que hemos expuesto reciben su aplicación al caso en que los derechos reales proceden de autores diferentes? Vendo un inmueble á Pedro, que no transcribe. Pedro vuelve á vender á Pablo, que transcribe su título sin transcribir el de su autor. ¿Se puede, en este caso, oponerle las actas translativas de propiedad hechas por mi vendedor originario; por ejemplo, la venta que consentí á Primus después de haber vendido á Pedro? Hay que decidir que Pablo, aunque haya transcripto su título, no será propietario para con Primus. Ya lo hemos decidido así, observando que la transcripción no asegura siempre la propiedad á aquel que la operó (núm. 163). Es aquí el lugar de motivar nuestra decisión, pues la cuestión está controvertida.

Hemos sentado en principio que una acta de venta no registrada no existe para con los terceros; el vendedor permanece propietario respecto de ellos y, por consiguiente, si hace actas de disposición sus legatarios podrán oponerlas al adquirente que no transcribió. Este sólo es propietario para con el vendedor, no lo es para con los terceros á los que el vendedor transmite derechos reales; y no puede transmitir á sus legatarios más derechos que los que él mismo tiene; no siendo propietario para con los terceros no puede transmitir á un comprador la propiedad para con aquéllos. En vano transcribiría esto al adquirente, la transcripción no da un nuevo derecho, sólo hace público el derecho que resulta del título; en virtud de dicho título no puede volverse propietario para con los terceros, puesto que su autor no lo era; luego apesar de la transcripción no será propietario para con los legatarios del vendedor primitivo, sólo será para los legatarios de su autor.

Apliquemos estos principios al ejemplo que hemos dado

y que hemos tomado de la doctrina; la dificultad aun no se ha presentado ante los tribunales. Vendo un inmueble á Pedro, que no transcribe. Pedro sólo será propietario respecto á mí, no lo será respecto á los terceros, sólo tiene una propiedad relativa. Vende el inmueble á Pablo: ¿qué derecho le confiere? ¿Una propiedad absoluta que pueda oponer á todos? Nó, pues no puede transmitir á Pablo una propiedad que no tiene, teniendo sólo una propiedad relativa, sólo puede transferir á Pablo una propiedad relativa. En vano transcribirá Pablo su título; esta transcripción no le da más derecho de los que tenía Pedro, su autor; y su autor no podrá oponer su propiedad á terceros legatarios de su vendedor; en el caso Pedro no podía oponer su acta á Primus, que tenía su derecho de mí, vendedor primitivo, permaneciendo propietario respecto á los terceros; luego Pablo no puede tampoco oponer su acta á Primus. Pablo dirá que habiendo transcripto su título debe ser propietario para con todos. Se le contestará que no puede tener más derechos que su autor. Si Pedro no hubiera sido propietario es seguro que, apesar de la transcripción, Pablo no tuviera la propiedad del inmueble; por igual razón Pablo no puede adquirir una propiedad absoluta cuando Pedro sólo la tenía relativa. Pedro no podía oponer su acta á Primus, mi legatario, luego Pablo tampoco lo puede. ¿Se preguntará de qué sirve entonces la transcripción? Consolida la propiedad en manos de Pablo contra los terceros que tienen su derecho de Pedro, su autor, pero no permite que Pablo oponga su propiedad á los terceros que tienen su derecho de mí, vendedor primitivo, y permaneciendo propietario para con los terceros, porque Pedro no transcribió su título.

Esta consecuencia, que parece chocante cuando sólo se considera la situación de Pablo, último adquirente, que se conformó á la ley prescribiendo su título, es muy natural y justa cuando se consideran los derechos de los terceros

legatarios míos, vendedor originario. Primus compra el inmueble que yo había vendido á Pedro y que éste revendió á Pablo sin haber transcripto: ¿tiene un medio de asegurarse, consultando el registro de transcripción de que yo vendí el inmueble á Pedro? No, pues el acta de venta no fué transcripta; luego cuando pregunta al conservador si hay una acta por la que yo he dispuesto de la cosa el conservador le contesta que no existe ninguna en los registros. Es verdad que Pedro volvió á vender el inmueble á Pablo, el cual transcribió, pero todo lo que resulta de esta transcripción es que Pedro figura como vendedor en los registros del conservador, pero yo no figuro en ellos; y como los registros no dan á conocer más que el nombre del vendedor y del comprador y no mencionan el inmueble Primus no tiene ningún medio de saber si el inmueble que compra ha pasado á manos de Pablo; debe, pues, creer que yo permanecí propietario y, por tanto, la ley debe consolidar la propiedad en sus manos, contra Pablo, mi adquirente. Esto está también fundado en equidad; Pablo no debía conformarse con registrar su título, debía ante todo asegurarse de si Pedro, su autor, había transcripto el suyo, y viendo que no lo había hecho debió negarse á tratar hasta que se hiciera esta transcripción. Hay, pues, una negligencia que reprocharle, mientras que á Primus no se le puede hacer ningún reproche; trató en la fe del certificado que le entregó el conservador de hipotecas. En definitiva, aquel que compra un inmueble debe exigir que el título de su autor esté transcripto, si quiere ser propietario para con aquellos que pudieran haber adquirido derechos del autor de su autor. Esto es muy lógico; si la publicidad garantiza todos los derechos es á condición de que todas las actas translativas de propiedad hayan sido hechas públicas. (1)

1 Moulón, *De la transcripción*, t. II, p. 72, núm. 448. Aubry y Rau, t. II, p. 315, nota 99 y en sentido diverso los autores que citan.

183. Los mismos principios se aplican cuando el conflicto existe entre acreedores hipotecarios cuyos títulos proceden de autores diferentes. Vendo un inmueble á Pedro, quien no transcribe y que constituye una hipoteca en el inmueble á Pablo. Consiento después una hipoteca á Primus en el mismo inmueble. ¿Cuál de los acreedores hipotecarios prevalecerá? No habiendo transcripto Pedro su título yo, vendedor, permanecí propietario para con los terceros; luego tengo derecho de hipotecarlo, y la hipoteca que consiento á Primus es válida para con los terceros. Al contrario, la hipoteca que Pedro consintió á Pablo no es válida respecto á terceros, pues no habiendo transcripto no es propietario para con éstos; no puede, pues, consentir una hipoteca que pueda oponerse á terceros. Así Primus puede oponer su hipoteca á Pablo, mientras que Pablo no puede oponer la suya á Primus; es decir, que ésta prevalecerá á Pablo. (1)

184. De esto se sigue que el comprador que quiere ponerse al abrigo de la acción hipotecaria de los acreedores anteriores debe transcribir no sólo su título sino también los de los autores inmediatos. Venta sucesiva de un inmueble á Pedro y á Pablo. Cuando la venta á Pedro el inmueble estaba gravado en provecho de Primus con una hipoteca no registrada; si Pedro hubiera transcripto habría libertado su inmueble de esta hipoteca, puesto que el acreedor no puede ya inscribir hipoteca después de la transcripción de la venta. Pero no habiendo transcripto Pedro el acreedor hipotecario conserva su derecho, puede siempre tomar inscripción. Pedro vuelve á vender su inmueble á Pablo y lo vende tal como lo poseía; es decir, gravado de una hipoteca no transcripta, pero que el acreedor p

1 Aubry y Rau, t. II, p. 317, nota 160, pfo. 209; en sentido diverso los autores que citan.

mandar inscribir; luego el acreedor hipotecario conserva su derecho contra Pablo. Si Pablo transcribe Primus, el acreedor hipotecario, ¿perderá su derecho en el sentido de que ya no puede inscribir? Nó, pues habiendo el acreedor conservado su derecho contra Pedro éste no puede transmitir á Pablo más derechos de los que tenía él mismo; poseía un inmueble gravado de hipoteca aunque no inscripto; transmite á Pablo una propiedad gravada de hipoteca que el acreedor puede siempre inscribir. En vano Pablo transcribirá su título; esta transcripción lo pone, en verdad, al abrigo de la inscripción que pudieran tomar los acreedores de su autor, Pedro; no lo pone al abrigo de la inscripción del acreedor anterior. Primus es quien puede tomar inscripción mientras que Pedro no transcribe; es, pues, necesario que Pablo tenga el cuidado de transcribir el acta de Pedro antes de comprar y de transcribir su título; si no lo hace la hipoteca de Primus podrá ser inscripta después de la transcripción de su título, como podía serlo contra su autor. Se aplica el principio que acabamos de exponer acerca del conflicto de dos adquirentes cuyos títulos proceden de dos autores diferentes (núm. 182). El último adquirente se quejaría en vano de que, apesar de la transcripción, el inmueble permanece gravado con la hipoteca de Primus, que tenía su derecho del vendedor primitivo. Hizo mal en tratar con Pablo sin exigir la transcripción del acta por la que Pedro, autor de Pablo, se volvió propietario, pues es solamente después de la transcripción cuando Pedro queda libre de las hipotecas consentidas por su autor y no registradas. Primus, acreedor hipotecario, no está apremiado por una transcripción de una acta de venta en que no figura su deudor. En cuanto al acta de venta en que figura su deudor no se le puede oponer, puesto que no está transcrita. Luego para con él el inmueble está siempre en el patrimonio del deudor que le concedió hipoteca; por tan-

to, puede tomar inscripción mientras que el acta por la cual su deudor enajenó el inmueble no ha sido registrada. (1)

Núm. 3. *¿Qué personas no pueden prevalecerse de la falta de transcripción.*

185. La transcripción está prescripta en interés de los terceros, es extraña á las relaciones de las partes contratantes. De aquí se sigue que aquéllos no pueden invocar la falta de transcripción para escaparse de las obligaciones que el contrato no transcripto les impone. El comprador es propietario respecto al vendedor, y éste tiene la acción que nace de la venta contra el comprador.

¿Se debe ir más lejos y decir que el vendedor deja de ser propietario no sólo respecto al comprador sino también respecto á los legatarios del comprador? Hablamos de los legatarios á título particular. La cuestión es muy importante en materia de privilegio; volveremos á tratarla. Por el momento se debe sentar el principio; lo que vamos á decir de los derechos del vendedor privilegiado no es más que una consecuencia. ¿Queda propietario el vendedor con respecto á los terceros? ¿En qué sentido? ¿Solamente en el sentido de que los actos de disposición que haga posteriormente á la venta son válidos con relación á los terceros? ¿O el vendedor puede también invocar el principio en su favor y pretenderse todavía desposeído de la propiedad del inmueble con relación á los legatarios del comprador, tales como un subadquirente ó un acreedor hipotecario? En nuestro concepto el vendedor queda propietario con relación á todos, salvo con relación al comprador y á sus herederos y sucesores universales. Esta es la consecuencia lógica del principio de que la venta no transcripta no tiene efecto más que

1 Meurlón, *De la transcripción*, t. II, p. 251, núms. 595 á 600.

entre las partes contratantes y sus herederos. Sin duda este principio se estableció en favor de los terceros y no en el del vendedor. Pero no se puede dividir el principio y decir que el vendedor será propietario si el interés de los terceros lo exige y que no lo será si el mismo interés pide que no sea así.

En efecto, una venta no transcrita es una venta inexistente; y lo que no existe no puede tener ningún efecto: y todos los que están interesados en prevalecerse de la no existencia del contrato tienen este derecho; luego el vendedor puede invocar la inexistencia del contrato, como los terceros pueden hacerlo. El comprador revende: ¿es el subadquirente propietario respecto al vendedor. El vendedor y el subadquirente son terceros uno respecto al otro. Y el principio es que el vendedor queda propietario con relación á los terceros; si el vendedor es propietario con respecto al subadquirente es imposible que éste lo sea respecto al vendedor. Lo que prueba que tal es la teoría de la ley es que el vendedor puede enajenar é hipotecar el inmueble; estas actas son válidas con relación al comprador que ha descuidado transcribirlas; y si el vendedor tiene el derecho de enajenar é hipotecar es imposible que el adquirente tenga este derecho; no puede haber dos propietarios exclusivos de la misma cosa respecto á los terceros; si el vendedor lo es el adquirente no lo es. Luego el vendedor puede oponer su derecho al subadquirente.

186. Si la venta existe entre las partes existe también con relación á sus herederos y sucesores universales; éstos suceden á los derechos de su autor como á sus obligaciones; los contratos tienen, pues, á su respecto, el mismo efecto que entre las partes contratantes, puesto que son partes. Poco importa que los herederos acepten la sucesión bajo beneficio de inventario, puesto que el heredero beneficiario representa al difunto tanto como el heredero

puro y simple, salvo que no esté obligado á las deudas sino hasta concurrencia de su emolumento. (1)

Bajo el imperio del Código Civil hubo controversia acerca del punto de saber si los herederos del donante podían oponer á los donatarios la falta de inscripción; esta controversia decae porque las donaciones están regidas por la nueva ley; y conforme al art 1.º de nuestra Ley Hipotecaria sólo los terceros pueden prevalecerse de la falta de publicidad; y los herederos de las partes seguramente no son terceros. Sin embargo, se hacen objeciones en su favor contra el principio de la nueva ley. Si, dicen, las actas del difunto tienen efecto para con ellos podrán ser engañados, puesto que aceptaron una sucesión que hubieran rechazado si dichos actos hubiesen sido transcritos. (2) Esto es muy verdadero, pero en este orden de ideas es extrañar la transcripción; no se estableció en interés de los herederos sino en interés de los terceros, como garantía de la propiedad y del crédito. A los herederos la ley les dió otra garantía: la del beneficio de inventario. ¿Se debía ir más allá y extender á los herederos el principio de la publicidad? Una publicidad completa tal vez sería la mejor de las garantías, pero si se la puede obtener para las transacciones inmobiliarias es difícil organizarla para las deudas.

187. Hé aquí una explicación de estos principios. El difunto, después de haber vendido un inmueble á Pedro, quien no transcribe, lo vende á Pablo, su presunto heredero, que transcribe. Pablo acepta la sucesión pura y simplemente. ¿Puede oponer su acta transcrita al acta no transcrita de Pedro? No, no lo puede como heredero del vendedor, pues con este título tiene que garantizar la

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 83, núm. 64. Troplong, *De la transcripción*, p. 301, núms. 144 y 145.

2 Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 49, núm. 435.

venta, y aquel que debe garantizar no puede vencer á aquel á quien la debe. Así sería aunque hubiera varios herederos; se puede objetar que Pablo no es heredero más que por su parte, no está obligado á la garantía más que por su parte hereditaria; contestamos, y la contestación es perentoria, que la ejecución de la garantía que le opondría Pedro, primer comprador, es indivisible, como lo hemos dicho en el título *De la Venta*.

Sólo hay duda en el caso siguiente. Pablo, heredero presunto y comprador, acepta bajo beneficio de inventario; ¿puede en este caso hacer valer su derecho contra Pedro? Lo creemos por razón de que el heredero puede hacer valer sus derechos personales; á este respecto es tercero. Transladamos en cuanto al principio al título *De las Sucesiones*. Se objeta que esta decisión está en contradicción con lo que acabamos de decir (núm. 186); á saber: que el heredero, aun beneficiario, no puede sostener que los inmuebles de que dispuso el difunto por actas no inscriptas están aún en su patrimonio; mientras que ahora pretendemos que puede oponer la falta de transacción á un adquirente que no ha transcripto. La contradicción sólo es aparente, pues ambas hipótesis difieren; en la primera el heredero beneficiario no tiene otra calidad que la de heredero, y con este título puede prevalecerse de la falta de transcripción; en la segunda hipótesis se prevalece, no de su calidad de heredero sino de su calidad de comprador; y uno de los efectos del beneficio de inventario es que el heredero beneficiario conserva los derechos propios que le pertenecen en virtud de actas pasadas con el difunto. (1)

188. ¿Qué debe decidirse de los legatarios á título particular? ¿Son terceros en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria? Se enseña la negativa. La cuestión parece

1 Aubry y Rau, t. II, p. 310, nota 88, pfo. 209 y los autores en sentido diverso que citan.

zanjada por el mismo texto de la ley belga; las actas no registradas, dice el art. 1.º, no pueden ser opuestas á los terceros que *contratan* sin fraude; estos términos excluyen, se dice, al legatario que no contrata. (1) ¿No es esto ape- garse demasiado al texto de la ley? Hemos dicho más atrás que la ley tiene un sentido más general que sienta el principio de que el acta no transcripta no existe para con los terceros (núm. 159), y acabamos de aplicar este prin- cipio al vendedor (núm. 185). En nuestro concepto el le- gatario puede también invocarlo. Se supone que después de haber vendido un inmueble el testador lo lega. El le- gatario no es el representante del difunto, no figuró en el contrato; luego es un tercero; como tal tiene interés en o- poner la falta de transcripción. Para con él el testador era aún propietario; luego pudo disponer de la cosa; si la hu- biera dado el donatario hubiera podido prevalecerse de la falta de transcripción. ¿Por qué el legatario no había de prevalecer? ¿Acaso porque no *contrató*? ¿Pero en qué sen- tido contrata el donatario? No se obliga, consiente en re- cibir; en este sentido el legatario contrata igualmente, pues consiente también. Por esto Pothier calificaba la aceptación de cuasicontrato. Hay un argumento más de- cisivo en el mismo texto de nuestra ley. El art. 5 dice que la cesión de un crédito hipotecario no puede ser opuesta á los *terceros* si no fué hecha pública por vía de la trans- cripción; la ley no habla ya de *contratar*; basta ser terce- ro para poder rechazar una cesión no transcripta: luego el legatario podría prevalecerse de la falta de inscripción de la cesión de un crédito que le ha sido legado; si es ter- cero para las *cesiones* lo es también para las *actas transla- tivas de derechos reales inmobiliarios*, pues el art. 5 sólo apli-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 98, núm. 75. Casier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 45, núm. 29. Los autores franceses se pronuncian también contra el legatario por un motivo tomado en el texto de la ley de 1855 (Aubry y Rau, t. II, p. 311, nota 90, pfo. 209).

ca el principio del art. 1.º; no se concebiría que hubiera dos principios diferentes para actas idénticas.

189. ¿Los que están encargados de hacer la inscripción pueden oponer la falta de transcripción? El Código Civil prevee la dificultad para las donaciones. Según el art. 941 las personas que están encargadas de mandar transcribir no pueden prevalecerse de la falta de transcripción. La Ley Hipotecaria no reprodujo esta disposición; ¿debe concluirse que está abrogada? Lejos de estarlo está implícitamente mantenida por la nueva ley. En efecto, según el artículo 1.º sólo las partes que han contratado *sin fraude* pueden oponer la falta de transcripción; lo que excluye á los terceros que, al contratar, tenían conocimiento del acta no transcripta; y los que están encargados de transcribir tienen necesariamente conocimiento del acta que deben hacer pública; ¿pues cuáles son las personas que la ley encarga transcribir? Son los administradores legales de los incapaces ó de establecimientos públicos; y ellos son los que figuran en el acta; su deber es completar estas actas por la transcripción; si en lugar de asegurar los derechos de los incapaces contratan en perjuicio de éstos se puede decir, á la letra, que son culpables de fraude, pues despojan á aquellos que tienen misión de proteger. La ley no pudo permitirles prevalecerse de la violación de su deber para aventajarse en perjuicio de los incapaces. Así los mandatarios legales están excluidos en virtud de los principios generales, haciendo abstracción del art. 941. Por aplicación de los mismos principios hay que excluir á los mandatarios convencionales; hay iguales motivos de decidirlo. (1)

190. El art. 941 agrega que los *legatarios* de las personas encargadas de transcribir no pueden tampoco prevalecerse de la falta de transcripción; ¿qué debe entenderse aquí por

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 98, núms. 76 y 77. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 59, núm. 440.

legatarios? La cuestión estaba controvertida bajo el imperio del Código Civil, ya no puede serlo bajo la nueva ley; y es la nueva ley la que debe recibir su aplicación en tanto que el art. 941 derogase el derecho común (art. 165). No hay duda en cuanto á los legatarios á título universal; sucesores del difunto tienen sus obligaciones y deben ejecutarlas; si el difunto no podía prevalecerse de la violación de su deber tampoco ellos lo pueden. No sucede lo mismo con los legatarios á título particular. Estos son terceros en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria; luego pueden, como cualquier tercero, oponer la falta de transcripción. Si, pues, se admitiera que bajo el nombre de *legatarios* el art. 941 comprende á los legatarios á título particular habrá que decir que queda abrogado por el art. 1.º de la nueva ley, pues estaría en contradicción con la regla que esta disposición consagra. (1)

191. Para que los terceros puedan oponer la falta de transcripción es necesario, según el art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que hayan contratado *sin fraude*; ¿qué debe entenderse aquí por fraude? No es el fraude que da lugar á la acción pauliana; es decir, el fraude concertado entre los terceros y el autor de la primera convención para frustrar á aquel que adquirió un derecho en virtud del acta que descuidó de mandar transcribir; era inútil reservar la acción pauliana, puesto que es de derecho. Los trabajos preparatorios prueban, además, que tal no era la intención de los autores de la ley belga. Se supone que el segundo adquirente, al tratar con el vendedor que ya había enajenado, conocía la existencia de la venta. Esto basta, dice el relator de la comisión de la Cámara de Diputados, para que sea de mala fe y para que se le rechace por la excepción de dolo; mien-

1 Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 62, núm. 442. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 20, núm. 847.

tras que el solo hecho del conocimiento de la primera venta no bastaría para que hubiera lugar á la acción pauliana. M. Lelièvre, en apoyo de este principio, invoca lo que dice el art. 1141 en dos casos de ventas sucesivas del mismo objeto mueble; la ley da la preferencia al comprador que es de buena fe. (1) La analogía no es tan decisiva como puede creerse, en el título *De las Obligaciones* hemos dicho que el artículo 1141 sólo es una aplicación del art. 2279 ó una consecuencia de la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; y esta máxima no está admitida en materia de venta inmobiliar entre dos compradores; no es la posesión la que decide, son los títulos; y desde que un título está transcrito prevalece sobre el que no lo está. La Ley Hipotecaria deroga, pues, el rigor de los principios. No es, sin embargo, una excepción, según los términos de la misma ley; es una condición requerida para que los terceros puedan oponer la falta de transcripción, y la condición se explica por el objeto que se propuso el legislador al prescribir la publicidad; quiso advertir á los terceros la existencia de las actas cuya ignorancia pudiera causarles perjuicio; y si el segundo comprador sabe que el inmueble que adquiere ha sido vendido ya por una acta no transcripta no podrá seguramente alegar que ignoraba esta acta y que estaría engañado y perjudicado si se le llegara á oponer dicha acta. La situación es enteramente distinta. El segundo comprador trata con perfecto conocimiento de causa; no puede decir que legalmente está como ignorando el acta, puesto que no fué transcripta. Esto sería invocar la ley contra el espíritu de la misma. El legislador tiene por objeto proteger la buena fe de los terceros; y, en el caso, es un tercero de mala fe el que quiere tratar en perjuicio del primer adquirente quitándole el beneficio de su adquisición; el interés de los terceros no está ya en causa; luego el segundo adquirente no puede invocar

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 115).

este interés contra el primero; es decir, que no puede oponer la falta de transcripción.

Sin embargo, las consecuencias que resultan del principio admitido por la ley pueden ser perjudiciales á los terceros. El segundo comprador es de mala fe, vuelve á vender la cosa á un comprador de buena fe. ¿Puede éste oponer su acta al primer adquirente que no transcribió? Nó, pues no tiene más derecho que su autor, y éste, por razón de su mala fe, no se había vuelto propietario; luego no pudo transferir la propiedad al tercer adquirente. Este, aunque sea tercero, de buena fe, está, pues, perjudicado por el sistema de la ley. (1) Se han prevalecido de esto para criticar la ley. A decir verdad el último adquirente no está en pérdida por razón del principio consagrado por el art. 1.º Sufre las consecuencias del derecho común, según el cual aquel que tiene un título vicioso no puede transmitir más que un título igualmente vicioso (núm. 163).

192. El Código Civil establecía un principio diferente. En materia de substitución había una disposición terminante; según el art. 1071 «la falta de transcripción no podrá ser suplida ni considerada como cubierta por el reconocimiento que los acreedores ó los terceros adquirentes pudieran haber tenido de la disposición por otras vías que la de la transcripción.» La jurisprudencia aplicaba este principio á las donaciones. Hay, pues, á este respecto oposición entre la ley antigua y la nueva ley. ¿Qué debe concluirse de esto? Para lo que toca á las donaciones la decisión no es dudosa, puesto que la Ley Hipotecaria reemplaza al Código Napoleón en lo que se refiere á la transcripción de las donaciones entre vivos. Caen bajo la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que habla de las donaciones en general. No se puede decir que la ley reemplace al Código Napoleón, porque la Ley Hipotecaria no somete las disposiciones tes-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 84, núms. 67 á 69.

tamentarias á la publicidad; el Código queda, pues, en vigor como excepción á la regla establecida por la ley general de las hipotecas. Así el art. 1071 se aplicará á las substituciones hechas por testamento y no se aplicará á las substituciones hechas por donación. Esto es legal, pero no por esto deja de ser absurdo, pues esto conduce á admitir dos principios contrarios para un solo y mismo hecho: las substituciones. (1) El legislador belga, comprendiendo las donaciones en el sistema de publicidad que organizaba, hubiera debido revisar las disposiciones del Código Civil relativas á las substituciones para ponerlas en armonía en la nueva ley.

193. Un comprador no transcribe el acta de venta. Reivindica el inmueble contra un tercero que posee sin título. ¿El usurpador puede oponer la falta de transcripción? Nó, por opinión de todos. ¿Pero cuál es el verdadero motivo de decidirlo? Troplong contesta que el usurpador no está protegido por ninguna ley. (2) Esto no es exacto, pues tiene los derechos legados á la posesión. Si no puede prevalecerse de la falta de transcripción la razón es que ésta se halla fuera de causa; en el caso está establecida en interés de los terceros y en interés general; y el interés general no manda seguramente que el usurpador prevalezca al propietario; y cuando el debate se presenta entre aquel que tiene un título y el que no lo tiene se entiende que aquel que tiene un derecho debe prevalecer sobre el que no tiene.

Síguese de esto que la decisión debería ser la misma si el tercero era poseedor de mala fe; es decir, si poseyera en virtud de un título del que conociera los vicios. ¿Puede el verdadero propietario reivindicar su cosa contra el poseedor de

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 92, núms. 70 á 72. Compárese en sentido contrario, Casier, *Estudios*, p. 47, núm. 31. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 56, número 111.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 311, núm. 152. Compárese Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 89, núm. 913.

mala fe aunque no haya transcripto su título? Si el demandado no ha transcripto el suyo la cuestión es la misma que la que acabamos de decidir; no se trata de transcripción; el debate existe entre el que tiene un derecho y el que no lo tiene. Si el demandado ha transcripto su título hay algún motivo para dudar; entre dos partes, de la que una haya transcripto y la otra no ¿no debe prevalecer la que hizo transcribir su título? Sí, si son de igual naturaleza. Pero si el título del uno emana del verdadero propietario mientras que el título del otro emana de un autor que no era propietario el primero debe prevalecer al segundo. En vano diría éste que transcribió; la transcripción no impide que su título esté viciado; el debate, una vez más, recae, no en la transcripción sino en la propiedad. (1) Sucede lo mismo en todos los casos en que los títulos están en causa.

194. Puede suceder que ninguna de las dos partes lo haya transcripto. Si el título de una de ellas está viciado se aplica lo que acabamos de decir: que esta es una cuestión de propiedad. Si el título de ambas partes es el mismo, habiendo cada una adquirido la cosa del mismo autor, ¿podrá el demandado oponer al demandante la falta de transcripción? No, ésta se halla fuera de causa, puesto que el demandado no puede invocar una ley que él mismo no ha observado. Las partes están regidas por los principios del Código Civil, siendo inaplicable la nueva ley. Se debe, pues, decidir que aquel cuyo título sea más antiguo prevalecerá. (2)

§ III.—DE LAS ACTAS DECLARATIVAS DE PROPIEDAD.

195. La partición debe ser transcripta para advertir á los terceros que ha cesado la indivisión y que el derecho in-

1 Aubry y Rau, t. II, p. 319, nota 104, pfo. 209.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 311, núm. 151. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 420, núm. 1273. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, página 154, núm. 516.

diviso de los herederos en todos los objetos de la sucesión cedió su lugar á un derecho dividido que recae sobre los objetos puestos en su lote. ¿Quiénes son terceros? La ley coloca la partición absolutamente en la misma línea que los actos translativos de propiedad; el principio de que una acta sometida á la transcripción no existe con relación á los terceros si no se ha transcripto es, pues, aplicable á los actos declarativos. De lo que se sigue que se debe entender por *terceros* á todos los que no han figurado en la partición. Si un tercero acreedor interviniera en la partición no podría oponer la falta de transcripción, puesto que no es un tercero, puesto que ha llegado á ser parte del acta por su intervención. Pero todos los que no habiendo figurado en el acta de partición tienen interés en rechazar esta acta pueden hacerlo si el acta no ha sido transcripta. Lo que quiere decir que á su respecto la partición no existirá; por consiguiente, la sucesión aun será indivisa y los derechos de todas las partes estarán regidos por los principios de la indivisión.

196. ¿Cuáles son los derechos de los herederos durante la indivisión? Pueden disponer de los bienes de la sucesión, venderlos é hipotecarlos; las actas que hagan serán válidas si el bien enajenado ó hipotecado cae en su lote. De aquí el derecho que los adquirentes ó los acreedores hipotecarios tienen para intervenir en la partición para vigilar la conservación de sus intereses. La transcripción les da una nueva garantía. Desde luego los terceros pueden tratar con los herederos acerca de sus derechos indivisibles, en tanto que la partición no esté transcripta, puesto que la partición no transcripta no se les puede oponer, se considera como inexistente con relación á los adquirentes y acreedores hipotecarios. Si, pues, posteriormente á la partición no transcripta uno de los copartícipes vendiera ó hipotecara un inmueble de la sucesión como indiviso estos actos se-

rían válidos; los copartícipes no podrán oponer la partición al adquirente ó al acreedor hipotecario, puesto que la partición no transcripta no existe con relación á los terceros.

La publicidad de la partición da otra garantía á los terceros. Todos los que tienen interés en ella pueden oponerse á que se proceda á la partición sin su presencia y tienen el derecho para intervenir en ella. Bajo el imperio del Código Civil este derecho no lo podían ejercer cuando estuviera hecha la partición. Conforme á la nueva ley una partición no transcripta no se puede oponer á los terceros; la indivisión subsiste, pues, y los terceros pueden siempre hacer la oposición y provocar, por consiguiente, una nueva partición en que intervendrán. Se ve que la transcripción sola no basta para resguardar los intereses de los terceros. El que ha comprado un derecho indiviso ó que ha estipulado una hipoteca sobre un inmueble indiviso debe desde luego hacer transcribir ó inscribir su título para que pueda oponerle á un segundo adquirente ó á un segundo acreedor hipotecario; después debe formar oposición é intervenir en la partición. Esto es el derecho de intervención que constituye su garantía esencial; si no interviene y si los herederos proceden á la partición y transcriben no tiene ninguna acción. Pero si los herederos descuidan transcribir la partición el derecho de oposición y de intervención de los terceros subsiste.

197. Los terceros acreedores quirografarios pueden también invocar el beneficio de la nueva ley; lo que dijimos del derecho de los acreedores en lo referente á las actas translativas (núms. 173-181) se aplica á las actas declarativas. Sólo los acreedores quirografarios no tienen nada que transcribir, puesto que no tienen derecho sometido á la transcripción. Pero pueden oponerse é intervenir en la partición; en este sentido sus derechos son los mismos que

los de los acreedores hipotecarios ó de los terceros adquirentes. Pueden formar oposición en tanto que no hay partición transcripta. Una partición no transcripta no se les puede oponer, puesto que para los terceros no existe.

§ IV.—DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO.

Núm. 1. *De los arrendamientos por más de nueve años.*

198. La Ley Hipotecaria somete á la transcripción los arrendamientos que excedan de nueve años. Es en el favor de los terceros en el que la ley prescribe la publicidad de los arrendamientos que pasen del término ordinario. ¿Quiénes son los terceros que se pueden prevalecer de la falta de transcripción? ¿Se debe ver ante todo cuál es la consecuencia de la no transcripción del arrendamiento? En general una acta sujeta á la transcripción y no transcripta no se puede oponer á los terceros, se la considera como inexistente á su respecto. Este principio no se aplica á los arrendamientos (núm. 161); conforme al art. 1.º de la Ley Hipotecaria si los arrendamientos no se han transcripto su duración se disminuirá conforme al art. 1429 del Código Civil. Por esto el contrato de arrendamiento no transcripto no es nulo con respecto á los terceros, solamente es reductible en el sentido de que el arrendatario no puede oponer su contrato á los terceros más que por el período de nueve años en el que se encuentra. Cuando, pues, se dice que un arrendamiento que excede de nueve años debe ser transcripto en interés de los terceros quiere decir que éstos pueden pedir la reducción del arrendamiento á un plazo de nueve años.

199. ¿Quiénes son los terceros que pueden oponer la falta de transcripción? A este respecto la ley no hace diferencia entre los arrendamientos y las actas translativas de propiedad. El art. 1.º comienza por decir que las actas trans-

lativas de propiedad inmobiliar deben ser transcriptas y que hasta la transcripción no se pueden oponer á los terceros que han contratado sin fraude; después agrega el segundo inciso: "Sucederá lo mismo con los arrendamientos que excedan de nueve años." Luego estos arrendamientos no se pueden oponer á los terceros en tanto que no se transcriban. Pero el derecho de los terceros no es tan extenso en lo que se refiere á los arrendamientos como en lo relativo á las actas translativas de propiedad. No pueden rechazar el arrendamiento como pueden desechar la venta y decir que una acta no transcripta no existe para ellos: el arrendamiento, aunque no transcripto, existe, pero es reductible.

¿Qué terceros pueden pedir la reducción? Los terceros adquirentes y los acreedores hipotecarios. Esto es de evidencia. ¿Se pregunta si un segundo arrendatario á quien el dador hubiera consentido un arrendamiento después de haber arrendado la cosa á un primer arrendatario, el que no lo hubiera transcripto, puede prevalecerse de la falta de transcripción del primer arrendamiento? Conforme á lo que acabamos de decir el segundo arrendatario, como cualquier otro tercero, no puede pretender que el primer arrendamiento no existe en su respecto, únicamente puede pedir la reducción á un término de nueve años. El primer arrendatario puede, pues, oponer su arrendamiento á un arrendatario posterior por el período de nueve años en que se halla; la cuestión que examinamos consiste en saber si el segundo arrendatario que ha transcripto puede ejercer su derecho contra el primero al vencimiento del plazo de nueve años por el que la ley mantiene el arrendamiento no transcripto. La afirmativa nos parece cierta, es de evidencia en la opinión que hemos enseñado acerca del derecho de los acreedores quirografarios. Si están comprendidos entre los terceros cuando se trata de una venta ó de una partición

deben también tener los derechos de los terceros cuando se trata de un arrendamiento. En la opinión contraria hay un motivo para dudar. El arrendamiento no confiere derecho real al arrendatario; éste no es, pues, más que un acreedor personal; y á este título no puede prevalecerse de la falta de transcripción. Se contesta, y la respuesta es decisiva, que la ley coloca el arrendamiento en la misma línea que los derechos reales inmobiliarios en lo relativo á la transcripción; si el arrendatario está asimilado á un comprador y á un acreedor hipotecario en lo relativo á la obligación de transcribir la consecuencia lógica es que también tiene los mismos derechos; si debe transcribir debe también tener el derecho de prevalecerse de la falta de transcripción. Los autores de la ley francesa sobre la transcripción han comprendido que existía una especie de inconsecuencia en someter el arrendamiento á la misma formalidad que los derechos reales; el Relator dice que es una invasión del dominio de los derechos personales. A decir verdad no hay inconveniencia; ¿por qué la ley ordena la transcripción de ciertos actos? En interés de los terceros. ¿Y qué importa á los terceros que el acta que se les opone sea un derecho personal ó un derecho real si la clandestinidad de esta acta les es perjudicial? Y el arrendamiento les causaría un perjuicio si siendo á plazo largo les pudiera ser opuesto. Por idénticos motivos un arrendatario á plazo largo debe tener el derecho de oponer su contrato de arrendamiento á todo tercero; luego también á un primer arrendatario. Esta es la opinión generalmente seguida. (1)

Se debe hacer una restricción al derecho del segundo arrendatario: no puede oponer su arrendamiento al primer arrendatario sino cuando ha contratado ignorando el primer

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 120, núm. 91. Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 420, núm. 1273. Aubry y Rau, t. II, p. 307, nota 73, pfo. 209 y página 158, nota 13, pfo. 174. Compárese, en sentido contrario, Oloes, *Comentario*, t. I, p. 51, núm. 101. Mourlón, t. I, p. 123, núm. 495.

arrendamiento; si lo conocía cuando trató con el propietario es de mala fe y, por consiguiente, se le debe aplicar la disposición del art. 1.º, conforme al cual los terceros no pueden oponer el primer arrendamiento sino cuando han obrado sin fraude. Tal era también nuestro antiguo derecho en las costumbres que exigían la transcripción de los arrendamientos. (1)

200. El arrendamiento no registrado no puede ser opuesto á los terceros en el sentido de que pueden pedir su reducción conforme al art. 1429. Este artículo dice: «Los arrendamientos que el marido ha hecho solo de los bienes de su mujer por un tiempo que excede de nueve años no son, en caso de resolución de la comunidad, obligatorios para la mujer ó sus herederos sino por el tiempo que falta del primer período de nueve años, si se está aún en él, ó del segundo período, y así sucesivamente, de modo que el arrendatario sólo tenga el derecho de concluir el período de nueve años en el que se encuentre.»

Si el adquirente del inmueble fué dado en arrendamiento por más de nueve años se puede aplicar á la letra el artículo 1429. El derecho del adquirente se abre en un momento en que se ha vuelto propietario para con el arrendatario; es decir, cuando la transcripción de su título. Desde aquel momento el arrendatario tiene sólo el derecho de concluir su goce por el período de nueve años en que se halla. Queda por determinar el principio del arrendamiento. No habiendo sido transcripto éste se está bajo el imperio de los principios del Código Civil; para que el arrendamiento pueda ser opuesto al adquirente tiene que tener fecha cierta; es, pues, el acta de arrendamiento la que determinará el período de nueve años en que se encuentren las partes, y el arrendamiento cesará de plano al fenecer este plazo. Si

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 121, núm. 92. Flandin, *De la transcripción*, tomo II, p. 420, núm. 1274.

cuando la venta el período de nueve años estuviera á punto de terminar el adquirente tendría que dar al arrendatario el plazo de uso que el dador tiene que dar para el aviso de desocupación según el art. 1736? Así se enseña. (1) Esto nos parece muy dudoso. El adquirente no se encuentra en la situación del dador; para con él el arrendamiento no existe más allá del plazo de nueve años; no puede, pues, tener ninguna obligación para con el arrendatario. Traducamos á lo dicho en el título *Del arrendamiento* acerca de del derecho del adquirente cuando el arrendamiento no tiene fecha cierta. Con mayor razón el adquirente no debe ninguna indemnización al arrendatario (art. 1750). (2)

Si es un acreedor hipotecario el que se prevalece de la falta de transcripción la aplicación del at. 1429 da lugar á una duda. Se puede sostener que el arrendamiento no transcrito no tiene ningún efecto para con el acreedor hipotecario. En efecto, el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito que no puede oponer más que al dador; el artículo 1743 hace excepción á este principio en caso de venta, bajo condición de que el arrendamiento tenga fecha cierta; esta excepción no puede ser extendida en perjuicio de otros terceros; el acreedor hipotecario no tiene que respetar el arrendamiento, según el Código Civil. Según el de Procedimientos hay que distinguir: en caso de expropiación los acreedores embargantes pueden pedir la nulidad del arrendamiento si no tiene fecha cierta; luego si tiene fecha cierta tienen que respetar el arrendamiento (Código de Procedimientos, art. 691). La ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada ha modificado el Código francés en el sentido de que declara nulos los arrendamientos consentidos por el embargado después de la transcripción del

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 124, núm. 96.

2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 125, núms. 79 y 98. En sentido contrario Cloez, *Comentario*, t. I, p. 34, núm. 57.

mandamiento ó de la notificación de embargo, y los arrendamientos consentidos después del mandamiento no transcritos son igualmente nulos si exceden de nueve años ó si contienen recibo por cuando menos de tres años de renta (artículo 25).

Los arrendamientos anteriores al comandamiento, si tienen fecha cierta, deben, pues, ser respetados por el acreedor embargante; se entiende que en los límites de la Ley Hipotecaria. En definitiva los acreedores hipotecarios están puestos en la misma línea que los terceros adquirentes: el arrendamiento es válido para con ellos, pero reductible. Nace entonces la cuestión de saber cuál momento debe considerarse para determinar el límite del período de nueve años por el que el mandamiento queda mantenido: ¿es la fecha de la inscripción ó de la hipoteca, ó la de promoción por expropiación, ó la de la sentencia de adjudicación? La cuestión está controvertida. Nos parece que debe aplicarse por analogía el principio que rige á los terceros adquirentes; hay lugar á limitar el derecho del arrendatario cuando se encuentra en conflicto con el del acreedor hipotecario; y el conflicto no existe desde el momento en que la hipoteca forma nacimiento, pues la acción hipotecaria no será quizá nunca ejercida; hay conflicto cuando el acreedor promueve la expropiación contra el detentor, luego contra el arrendatario; desde aquel momento el derecho del arrendatario será reducido al plazo de nueve años en el que se encuentra; la sentencia de adjudicación, como toda sentencia, retrotrae al acreedor, teniendo que aprovechar de su acción desde que está introducida. (1)

Queda el segundo arrendatario que puede oponer su arrendamiento registrado á un arrendatario que no operó

1 Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 418, núm. 1270. Compárese, en sentido contrario, Troplong, *De la transcripción*, p. 376, núm. 205, y Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 127, núm. 499.

transcripción. El derecho del arrendatario, así como el del adquirente, nace desde que el contrato está perfecto; sólo que no puede ejercerlo contra los terceros sino después de haberlo transcripto. ¿Es este el caso de aplicar el principio? Sí, puesto que el arrendatario invoca su transcripción contra el arrendatario que descuidó de transcribir. El primero no podrá, pues, continuar su arrendamiento sino durante el período de nueve años, comenzado desde la transcripción del segundo arrendamiento.

201. El arrendatario que registró su arrendamiento tiene el derecho de oponerle á los terceros que tienen un derecho en la cosa arrendada, si este derecho no hubiera sido hecho público cuando la transcripción del arrendamiento. Esta es la aplicación al arrendatario del principio que rige todas las actas sometidas á la transcripción. Síguese de esto que si el adquirente del inmueble arrendado no transcribe el arrendamiento puede oponerle su arrendamiento, cualquiera que sea su duración y aunque la venta sea anterior al arrendamiento. Poco importaría también que el acta de venta estuviera transcripta posteriormente. Al transcribir su arrendamiento en un momento en que la venta no se había hecho pública el arrendatario adquiriría el derecho de oponer su contrato al tercer adquirente. Se objeta en vano que el arrendatario no tiene más que un derecho de crédito mientras que el adquirente tiene el más poderoso de los derechos reales: la propiedad; la objeción era decisiva bajo el imperio del Código Civil; ya no puede hacerse bajo la nueva ley, pues asimila su derecho á un derecho real en cuanto á la transcripción y á sus efectos. (1)

1 Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 412, núms. 1261 á 1263. En sentido contrario, Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 122, núm. 494.

Núm. 2. De los arrendamientos que contienen recibo anticipado de tres años de renta.

202. La Ley Hipotecaria somete también á la publicidad los arrendamientos que contienen recibo de cuando menos tres años de renta. Siempre es en interés de las partes como la ley prescribe la publicidad de estos arrendamientos. ¿Cuál será la consecuencia de la no observancia de la ley? El arrendamiento conteniendo recibo de tres años no podrá ser opuesto á los terceros. ¿En qué sentido? ¿Es el mismo arrendamiento el que no les podrá ser opuesto ó es el pago anticipado? A primera vista el texto parece decidir la cuestión. El primer inciso pone en principio que las actas translativas de derechos reales inmobiliarios que no han sido transcriptas no pueden ser opuestas á los terceros; no existen para con ellos. Lo mismo sucederá, dice el segundo inciso, con los arrendamientos excediendo de nueve años ó que contengan recibo de cuando menos tres años de renta. Esto quiere decir que estos arrendamientos no pueden ser opuestos á los terceros. El tercer inciso viene después, modificando esta disposición en lo relativo á los arrendamientos de más de nueve años; en lugar de declararlos inexistentes para con los terceros la ley los declara sólo reductibles. Pero esta modificación no se refiere á los contratos que contienen recibo de tres años de renta; luego estos arrendamientos permanecen dentro de la regla general establecida por el primer inciso, no pudiendo ser opuestos á los terceros; para con éstos son más que nulos, son inexistentes. Esta interpretación ha sido propuesta. (1) Creemos, con el señor Martou, que la redacción de la ley no expresa la mente del legislador. La ley hace una diferencia radical entre los arrendamientos y las actas translativas y declarativas de derechos reales inmobiliarios. Estas últimas actas deben to-

1 Casier, *Estudios*, p. 35, núm. 18. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 34, núm. 55.

das transcribirse, si no pueden ser opuestas á los terceros. No sucede lo mismo con los arrendamientos; éstos quedan sometidos á la transcripción sólo por razón de su duración ó por la de un pago anticipado de rentas, cuando esta duración ó este pago sobrepasan de los límites usuales; si la duración del arrendamiento es la ordinaria, si los pagos anticipados no exceden los de uso, la ley no prescribe ya la publicidad. Si se trata de una venta el acta no transcrita no podrá ser opuesta á los terceros. Si se trata de un arrendamiento el acta no podrá ser opuesta á los terceros en tanto que los perjudica. Si es un arrendamiento á plazo largo la duración inusitada es la que perjudicaría á los terceros; ¿qué hace la ley? Mantiene el arrendamiento y se conforma con reducir su duración. ¿Si el arrendamiento contiene recibo de tres años de renta qué es lo que perjudica á los terceros? ¿Es el arrendamiento? Nó, es el pago anticipado. Luego el arrendamiento debe ser mantenido; sólo el pago anticipado es el que debe ser declarado inexistente. Es en este sentido en el que fué explicada la ley por M. Lelièvre en su informe acerca de las reformas que el senado hizo al proyecto votado por la Cámara de Diputados. El Relator supone un arrendamiento de menos de nueve años, conteniendo recibo de tres años de renta; ¿si este arrendamiento no está transcrito qué resultará. Es claro, contesta M. Lelièvre, que la consecuencia de la falta de transcripción será que el arrendatario no podrá oponer á los terceros los pagos hechos con anticipación. (1) Si en lugar de un arrendamiento de nueve años se supone un arrendamiento de dieciocho años no transcrito y reducido al plazo de nueve años y, además, el plazo anticipado, no podía ser opuesto á los terceros. Así, en cualquiera hipótesis el arrendamiento está mantenido aunque no transcrito; si es por nueve años no debe ser transcrito por razón de su duración sino

1 Lelièvre, informe acerca de las reformas del Senado (Parent, p. 520).

por razón del pago anticipado; desde que el pago anticipado no puede ser opuesto á los terceros ya no tienen interés, legalmente, en la publicidad del arrendamiento; fuera, pues, contrario á todo principio anular el arrendamiento en interés de los terceros cuando éstos no tienen interés en ello. (1)

203. Hemos supuesto que el pago anticipado no hecho público no puede ser opuesto á los terceros; de modo que el arrendatario debe pagar á los terceros la renta á la que tienen derecho, salvo su recurso contra el deudor. Se ha propuesto otra interpretación. El pago anticipado, se dice, no es una causa de inexistencia del arrendamiento no transcrito; la ley sólo lo toma en cuenta cuando comprende tres años de renta. Si el arrendamiento contiene recibo por dos años de renta no tiene que ser transcrito por este punto. ¿Luego si el pago anticipado es de seis años ó de todo el arrendamiento cuál deberá ser la consecuencia de la no transcripción? Es que este arrendamiento no podrá ser opuesto á los terceros en tanto que pasa del pago anticipado que tiene que publicarse; es decir, el pago que no alcanza tres años de renta. Se invoca en favor de esta interpretación la analogía que existe entre el pago anticipado y la duración del arrendamiento; el arrendamiento que pasa de nueve años está reducido; se debe, pues, reducir también el pago anticipado que excede al que la ley autoriza. (2)

En teoría, y bajo el punto de vista legislativo, esto puede sostenerse; el legislador hubiera debido reducir la cláusula del arrendamiento relativa al pago anticipado, como reduce la cláusula que se refiere á la duración del arrendamiento: hay igual motivo para decidir. Pero el legislador no lo hizo. Cuando el arrendamiento excede de nueve años la ley lo declara reductible. Cuando el arrendamiento contiene re-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 126, núm. 101.

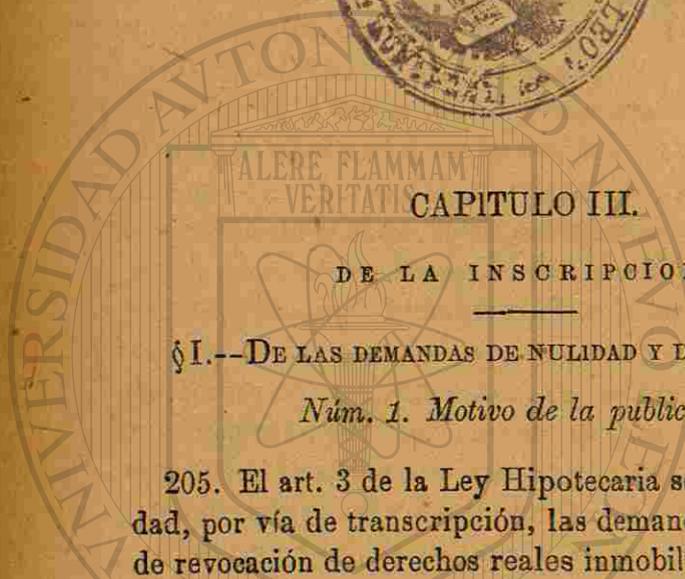
2 Flandin, De la transcripción, t. II, p. 424, núm. 1280.

cibo de cuando menos tres años de renta la ley no dice que se reducirá el pago anticipado; luego se permanece bajo el imperio del principio general que rige las actas no transcritas; la cláusula que debía ser transcripta y que no lo fué se considera como no existente para los terceros. Si, pues, un arrendamiento contiene recibo de seis años de renta este recibo queda borrado; el arrendatario no puede prevalecerse de él, aunque cuando la venta de la cosa arrendada ó cuando la promoción de los acreedores hipotecarios hubieran pasado cinco años del arrendamiento. Se diría en vano que, en este caso, el arrendatario no invoca más que el pago anticipado por un año, y que, en principio, el pago anticipado de un año puede ser opuesto á los terceros aunque no haya sido publicado. Contestamos que la ley no ha consagrado esta teoría, puesto que ni siquiera ha previsto la dificultad; se permanece, pues, bajo el imperio del principio establecido por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria; todo lo que el espíritu de la ley permite al intérprete hacer es concentrar la nulidad en la cláusula que se refiere al pago anticipado, manteniendo el contrato en cuanto á su duración. (1)

204. Todo tercero interesado puede prevalecerse de la falta de transcripción. Esto no es dudoso cuando se trata de un adquirente ó de un acreedor hipotecario. En la doctrina consagrada por la Corte de Casación de Belgica los acreedores quirografarios también son terceros; cuando, pues, embargan el inmueble arrendado se les aplica el derecho común. Las rentas urbanas y rústicas quedan inmovilizadas desde la transcripción del embargo. Los acreedores hipotecarios se pagan de preferencia; pero si no hay acreedores hipotecarios los quirografarios tienen también derecho á las rentas y el arrendatario no podrá oponerles la cláusula

1 Compárese Troplong, *De la transcripción*, p. 378, núm. 209.

la de su arrendamiento que contiene pago anticipado, pues este pago no puede ser opuesto á los terceros cuando el arrendamiento no fué registrado, y en nuestra opinión los acreedores quirografarios son terceros.



CAPITULO III.

DE LA INSCRIPCION.

§ I.--DE LAS DEMANDAS DE NULIDAD Y DE RESOLUCION.

Núm. 1. Motivo de la publicidad.

205. El art. 3 de la Ley Hipotecaria somete á la publicidad, por vía de transcripción, las demandas de nulidad ó de revocación de derechos reales inmobiliarios y las decisiones pronunciadas por estas demandas. ¿Cuál es el motivo de esta publicidad? El informe de la comisión del Senado explica muy bien por qué razón quiso el legislador que estas demandas y estas decisiones fuesen hechas públicas. (1)

Unos derechos reales han sido transmitidos; la transcripción fué hecha; el propietario del derecho está públicamente reconocido, pero esta calidad puede serle quitada; se provoca contra él la anulación ó la revocación de estos derechos. Es importante avisar á los terceros la introducción de semejante demanda y los riesgos que corren al tratar con el propietario amenazado. Los terceros tienen interés en conocer no sólo la existencia de la demanda sino también las consecuencias que tuvo. Vuestra comisión cree útil, para alcanzar este objeto, ordenar la inscripción de la sentencia á continuación de la inscripción de la demanda.

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 399, 400).

206. Queriendo el legislador organizar un sistema completo de publicidad en interés de los terceros se comprende que haya tenido que hacer públicas las sentencias que cambian la situación inmobiliar del propietario con el que traten los terceros. Pero la organización del principio y los efectos que resultan de la falta de publicidad no dejan de tener dificultades. Es necesario, ante todo, recordar los principios que requiere la anulación y la revocación de los derechos reales inmobiliarios.

La ley primero se refiere á las demandas que tienden á hacer pronunciar la *anulación* de los derechos reales inmobiliarios. Ya hemos dicho en el título *De las Obligaciones* cuál es el efecto de la acción en nulidad cuando está admitida: la convención anulada se considera como no haber existido y, por consiguiente, no puede producir ningún efecto. De aquí se sigue que la sentencia que pronuncia la nulidad de una acta translativa de derechos reales inmobiliarios nulifica no solamente el derecho de propiedad que descansaba en el propietario aparente sino también nulifica todas las actas de disposición que se hayan hecho en virtud de un título anulado. Por esto la anulación opera retroactivamente y contra los terceros. Este efecto ha hecho surgir una objeción contra el principio de publicidad en tanto que la ley lo aplica á las demandas en nulidad y á las decisiones sobre dichas demandas. Es de esencia de la nulidad, se dice, que todos los actos de disposición hechos por aquel cuyo derecho de propiedad está anulado lleguen á decaer por efecto de la sentencia que pronuncia la anulación de este derecho; desde luego es inútil hacer pública dicha sentencia en interés de aquellos en cuyo favor se consintieron las enajenaciones ó las hipotecas: estas concesiones caen necesariamente con la anulación del derecho en virtud del cual se han hecho; por lo tanto, es inútil publicar la demanda y las sentencias recaídas; la publicidad no puede salvar lo

derechos condenados á perecer. Contestamos con el Senado que la publicidad de la demanda de nulidad avisa á los terceros el peligro que los amenaza si tratan con un propietario en la fe de títulos cuya anulación se persigue judicialmente ó que están anulados por sentencia del juez.

Fué el Senado el que extendió la publicidad á toda acción en nulidad. Cuando el proyecto reformado se envió á la Cámara de Representantes el Relator, M. Lelièvre, hizo valer otra razón en favor de la publicidad. Entre los terceros cuyo derecho está amenazado de ser anulado á consecuencia de la demanda en nulidad se encuentran los acreedores hipotecarios; están interesados en conocer la existencia de la demanda con el fin de intervenir en la instancia para resguardar sus derechos. En efecto, la jurisprudencia admite que están representados por el deudor; de donde nace la consecuencia de que las decisiones tienen autoridad de cosa juzgada contra ellos; la nueva ley permite á los acreedores defender sus intereses interviniendo en el proceso; mientras que en el sistema de clandestinidad del Código Civil los derechos de los acreedores perecerían sin que hubiesen tenido conocimiento de las demandas formadas contra el deudor, acciones en que están interesados tanto como éste. (1)

207. La ley prescribe la publicidad aun para las demandas en *revocación* de actas translativas ó declarativas de derecho reales inmobiliarias. En el lenguaje del Código Napoleón la palabra *revocación* está empleada para las acciones que tienden á revocar las *donaciones*. Cuando se trata de actos á título oneroso el Código se sirve de la palabra *resolución*. Es por demás decir que la Ley Hipotecaria es aplicable á las actas á título oneroso como á las actas á título gratuito. Sin embargo, para comprender bien los mo-

1 Lelièvre, informe acerca de las reformas del Senado (Parent, p. 521).

tivos de la ley importa distinguir la resolución de la *revocación*.

La resolución tiene lugar en virtud de una condición resolutoria estipulada por las partes ó subentendida por la ley. Que la condición resolutoria sea convencional ó legal, expresa ó tácita, siempre produce el mismo efecto: resolver el contrato como si no hubiera existido nunca. El artículo 1183 lo dice de la condición resolutoria expresa, y el mismo principio se aplica á la condición resolutoria tácita; la retroacción es de la esencia de la resolución. Pero todas las condiciones resolutorias no se operan del mismo modo; cuando la condición resolutoria es expresa el contrato se resuelve por derecho plano, mientras que la resolución se opera por sentencia del juez cuando la condición resolutoria es tácita (arts. 1183 y 1184). Esta diferencia levanta una dificultad acerca de la que vamos á tratar. ¿Há lugar á la publicidad del art. 3 cuando el contrato se resuelve de pleno derecho? Por el momento solamente buscaremos los motivos de la publicidad que prescribe la ley. Se ha dicho que sería inútil en el caso en que la condición resolutoria estuviera escrita en el contrato, puesto que estando el contrato sometido á la transcripción, el art. 3 lo supone, los terceros conocerán por los registros del conservador que el propietario con el que tratan sólo tiene un derecho resoluble. Sin duda, pero esto no impide que los terceros tengan interés en saber si la resolución fué pedida ó pronunciada, pues que una cosa es la posibilidad de una resolución que tal vez no se hará y otra es la resolución pedida y pronunciada por el juez. Todavía se ha hecho para las acciones en resolución la misma objeción que para las acciones en nulidad: la publicidad es inútil, se dice, puesto que la resolución, pública ó no, nulifica siempre los derechos concedidos á los terceros por aquel cuya propiedad queda resuelta. Acabamos de responder á la objeción (núm. 206); lo que dicen los in-

formas de las comisiones del Senado y de la Cámara de los Representantes se aplica á la resolución lo mismo que á la revocación.

208. El Código califica de *revocación* ciertas excepciones á la irrevocabilidad de las donaciones. Ya dijimos en el sitio de la materia que esta teoría es falsa. A decir verdad la *revocación* de las donaciones es una *resolución* que se hace por causas determinadas por la ley. Hay una gran diferencia entre las diversas causas de revocación. La revocación por advenimiento de hijos tiene lugar de pleno derecho: ¿está, no obstante, sometida á la publicidad prescrita por nuestra Ley Hipotecaria? Volveremos á esta dificultad. Hay otra diferencia que tiene gran importancia en lo relativo á la publicidad. La revocación por advenimiento de hijos y la revocación por inejecución de los cargos retrotraen; se les deben, pues, aplicar los principios que rigen la resolución (núm. 207). No sucede lo mismo con la revocación por causa de ingratitud; se opera *ex nunc*, como se dice en el lenguaje escolástico; es decir, que el donatario queda propietario hasta el momento en que se publica la demanda en revocación; de donde se sigue que todas las actas de disposición hechas por él son válidas; la revocación produce su efecto á partir de la inscripción que se debe hacer de la demanda en revocación al margen de la transcripción; todas las enajenaciones anteriores son mantenidas, así como las hipotecas y otros cargos reales que se hubieran impuesto sobre la cosa dada. Por esto el donatario queda propietario, con respecto á los terceros, hasta las inscripciones de la demanda en revocación; la sentencia del juez que pronuncia la revocación opera una mutación de propiedad; el donatario ha sido propietario y el donante ha dejado de serlo; vuelve á serlo por la revocación de la donación. Puesto que hay mutación de propiedad inmobiliar debe hacerse pública; aquí el interés de los terceros es evidente; deben conocer

la revocación y el día á que retrotrae, pues á partir de este día el donatario deja de ser propietario, y á partir de este mismo día el donante lo vuelve á ser. También se podría decir que há lugar á la transcripción, puesto que la sentencia opera una mutación de propiedad; sin embargo, la ley no ordena transcribir la sentencia que pronuncia la revocación, se limita á exigir la inscripción; la mención basta para garantizar los intereses de los terceros.

209. El Código Civil no prescribe la publicidad más que para las donaciones; habiendo la Ley Hipotecaria extendido el principio de la publicidad á todos los actos translativos de propiedad á título oneroso ha debido también generalizar la disposición del art. 958. Esto es lo que ha hecho el art. 4 de la Ley Hipotecaria. Se objetó cuando la discusión que esta disposición era inútil, pues que sólo reproducía el art. 958 del Código Napoleón. El Ministro de Justicia contestó que había otros casos en que la revocación no retrotrae; los hemos enumerado al tratar de la *propiedad revocable* (t. XVI, núms. 104-113). No hay ninguna duda en lo relativo á la revocación del usufructo. Los jueces pueden pronunciar la extinción del usufructo por abuso de goce (art. 618). Esta es una revocación del usufructo; como pedida y pronunciada judicialmente el art. 3 de la Ley Hipotecaria es aplicable: la sentencia debe hacerse pública por vía de inscripción, y los actos que el usufructuario ha hecho antes de esta inscripción están mantenidos.

Aun hay otro caso en el que la propiedad es revocada. Los enviados á posesión definitiva de los bienes de un ausente son propietarios con respecto á los terceros; si el ausente vuelve su propiedad está revocada de pleno derecho. ¿Será necesario que la revocación de los derechos de los enviados, si los ausentes la piden judicialmente, se haga pública? Nó, porque no cae bajo la aplicación del art. 3. La

Ley Hipotecaria no somete á la publicidad más que la revocación de derechos reales inmobiliarios que resultan de actos que deben ser transcriptos; y la sentencia que pronuncia el envío á posesión de los bienes de un ausente no debe ser transcripta; lo que es decisivo. (1)

Núm. 2. De las demandas y sentencias que deben hacerse públicas.

210. La ley quiere que se hagan públicas las demandas que tienden á hacer pronunciar la anulación ó la revocación de los derechos que resultan de actas sometidas á la transcripción. Para que haya lugar á la publicidad que la ley ordena desde luego se necesita que haya demanda judicial. Cuando no la hay falta la base de la publicidad; no se puede inscribir una demanda que no existe. La revocación de una donación por advenimiento de hijos tiene lugar de pleno derecho en virtud de la ley aunque el donante dejara al donatario en posesión, luego sin ninguna demanda y aun cuando el donante no quisiera aprovechar la revocación. ¿Se puede en este caso aplicar el art. 3? La aplicación es imposible; ¿cómo inscribir una demanda que el donante no hace y que no puede hacer? Seguramente los terceros están interesados en conocer la revocación, pero es imposible dar publicidad á la revocación por una vía legal, puesto que no hay acta que pueda ser inscripta. (2)

211. ¿Se debe decir lo mismo de la resolución que tuvo lugar por derecho plano sin intervención del juez? El contrato queda resuelto en este caso por la voluntad que las partes han manifestado al contratar (arts. 1183 y 1184). Generalmente no hay demanda porque no hay nada que demandar; si no hay demanda no hay nada que inscribir.

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 178, núm. 165.

2 Rivière y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 175, núm. 259. En sentido contrario Mourlón, *Examen crítico del comentario de Troplong sobre los privilegios*, t. II, p. 1059, núm. 363.

Sin embargo, puede suceder que las partes no estén de acuerdo, ya en las condiciones, ya en su cumplimiento; esta contestación se debe llevar ante los tribunales. ¿Debe, en este caso, ser inscripta la demanda? En nuestra opinión no, porque cae bajo la aplicación de la ley. No tiende á que se pronuncie la resolución sino á que la convención se haga bajo condición resolutoria y que se verifique dicha condición; desde que este hecho se declarase constante la convención quedará resuelta de pleno derecho; no hay, pues, ni demanda en resolución ni decisión sobre semejante demanda; por lo tanto, no está uno en los términos de la ley. Se objeta que la sentencia que recayera no interesa á los terceros, puesto que les hará conocer que el contrato está resuelto. La objeción prueba demasiado, pues que si se admitiera se debería decir que toda sentencia relativa á la propiedad inmobiliar debe ser inscripta y, por consecuencia, toda demanda. En efecto, ¿cuál es el objeto de la demanda y de la sentencia cuando la condición resolutoria está inscripta en el contrato? La demanda tiende á hacer declarar por el juez lo que han querido las partes; si se debe inscribir esta demanda y las sentencias porque están interesados los terceros se deberá decir otro tanto de toda sentencia declarativa de la voluntad de las partes, y es de principio que las sentencias declarativas no están sometidas á la publicidad por la sencilla razón de que no hay ley que lo ordene. La transcripción de las sentencias no está prescripta más que para las que tienen lugar de título (art. 2) y la inscripción para los que intervienen acerca de una demanda en resolución ó en nulidad. Esto decide la cuestión, puesto que no há lugar á la publicidad sino en virtud del texto. (1)

1 Aubry y Rau, t. II, p. 305, nota 73, pfo. 209. Rivière y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 175, núm. 260. En sentido contrario Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 173, núm. 528. Troplong, *De la transcripción*, p. 338, núm. 214.

212. Una dificultad análoga se presenta en la demanda de nulidad. Ya dijimos en el título *De las Obligaciones* que la acción en nulidad implica que el acta es nula en el sentido de que la nulidad puede ser pedida en razón de un vicio de que adolece. No há lugar á demandar la nulidad de una acta que no existe para la ley; la doctrina la califica de acta inexistente; el art. 1117 dice en términos enérgicos que esta acta es nula de *pleno derecho*. Si lo es así no se podría pedir la nulidad, y el tribunal no podría pronunciarla porque hay contradicción lógica en anular lo que es nulo de pleno derecho. Se ha objetado contra las teorías de las actas inexistentes que nadie puede ser juez de sí mismo. Sin duda; desde que hay contestación es necesario que intervenga en una sentencia. ¿Pero qué pedirá al juez la parte interesada? ¿Una demanda de anulación? Nó, porque es lógicamente imposible anular lo que no existe; anular la nada es un absurdo. Todo lo que pueden pedir al juez y lo que éste puede decidir es que la convención litigiosa no reuna las condiciones requeridas para su existencia; para la ley nunca ha existido y nunca pudo haber tenido algún efecto.

¿Deben hacerse públicas esta demanda y esta decisión? En teoría, desde el punto de vista legislativo, la afirmativa es cierta. Se supone que la convención inexistente es transcrita; hay, pues, una transmisión aparente de propiedad. Los terceros tienen interés en saber que una sentencia ha decidido que no había convención, luego tampoco transmisión de un derecho real. ¿Qué importa á los terceros que una convención esté declarada inexistente ó anulada? No pueden ya tratar con un propietario cuyo derecho es inexistente ó con un propietario cuyo derecho es nulo. En uno y otro caso la publicidad es necesaria para advertírselo, haciendo de su conocimiento la verdadera situación inmobiliar de aquel con el que se proponen tratar. Si se atuviera uno á

la significación exacta de los términos de que se sirve el artículo 3 se debería decir que la ley es inaplicable; supone una acción en nulidad, y los contratos inexistentes no dan lugar á una acción de esa naturaleza. Pero el texto en esta materia tiene poca importancia. En efecto, el Código no consagra en términos formales la teoría de los actos inexistentes; ignora la terminología admitida por la doctrina. Por eso el art. 1599 califica de *nula* la venta de la cosa ajena, que simplemente es anulable, y el art. 1601 llama también *nula* la venta falta de objeto y que, por consiguiente, no existe. Luego en el lenguaje del Código la palabra *nula* designa las convenciones que dan lugar á una acción en nulidad y las que no dan lugar á una acción parecida. Otro tanto se debe decir de la expresión *acción en nulidad*; esta es la acción que nace de los contratos nulos, luego también la acción que nace de los contratos inexistentes. De aquí se sigue que en el art. 3 se debe entender por demandas en anulación no sólo las acciones en nulidad propiamente dichas sino también las acciones que tienden á hacer decidir que una convención es inexistente. Tanto más se debe decirlo así cuanto que la distinción de actos nulos é inexistentes es ajena al principio de publicidad; mejor dicho, toda sentencia que declara una acta nula ó inexistente debe hacerse pública, puesto que el interés de los terceros lo exige así; sería, pues, aplicar disparatadamente la distinción de actas nulas é inexistentes más que hacer la aplicación del art. 3 de la L. y Hipotecaria. (1)

213. Hay acciones que el Código Civil no califica de acciones en nulidad ó en revocación, lo que da lugar á alguna duda acerca del punto de saber si el art. 3 es aplicable. Tal es la acción en reducción de las donaciones que exce-

1 Mourlón, *De la transcripción*. t. II, p. 170, núm. 527. Troplong, *De la transcripción*, p. 386, núm. 215. Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 461, números 624 y 625.

den de lo disponible. La reducción puede ser parcial, puede también hacer caer la donación totalmente; produce, pues, con relación á los terceros, el mismo efecto que la nulidad: nulifica los derechos del donatario con efecto retractivo. De donde se sigue que los terceros están esencialmente interesados en que las demandas de reducción y las decisiones recaídas sobre dichas demandas se hagan públicas. Queda por saber si dichas acciones caen bajo la aplicación del art. 3. Hay controversia acerca del fundamento de la reducción. En la opinión general se admite que las donaciones que sobrepasan de lo disponible están afectas de una *condición resolutoria tácita*; así considerada la reducción es una acción de resolución, lo que hace aplicable el art. 3. Hemos enseñado que las donaciones que sobrepasan de lo disponible son *nulas* habiendo el donante hecho una liberalidad que no tenía derecho de hacer; la demanda de reducción, es, pues, una acción de nulidad; por consiguiente, debe de publicarse. Así hay lugar á la inscripción, cualquiera que sea la interpretación que se dé á la reducción y al efecto retroactivo que produce (t. XII, núm. 202).

Tal es también la opinión de la mayor parte de los autores franceses que han comentado la ley de 1855 acerca de la transcripción. (1) Hay, sin embargo, algunos disidentes. La inscripción, se dice, así como la transcripción, sólo debe hacerse cuando la ley la ordena; y la ley no habla de la demanda de reducción; este silencio es decisivo. (2) ¿No es llevar muy adelante el apego á la letra de la ley? Esta comprende toda acción de nulidad y de revocación ó de resolución; y la reducción es ó una anulación ó una resolución; luego está comprendida en el texto.

214. ¿La acción pauliana está sometida á la publicidad

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 387, núm. 216. Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 184, núm. 534. Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 463, número 628.

2 Rivière y Huguet, *Cuestiones*, p. 181, núms. 267 y 268.

del art. 3? Esta cuestión también está controvertida. La decisión depende del punto de saber cuál es el objeto de la acción pauliana. Siempre se la consideró como una acción de nulidad; fieles al texto y á la tradición hemos mantenido esta doctrina contra los autores modernos, según los cuales la acción pauliana no sería más que una acción de reparación del perjuicio causado al acreedor que la intenta (tomo XV, núm. 483). En nuestra opinión la aplicación del artículo 3 no es dudosa: la acción pauliana está comprendida bajo el nombre de demanda de anulación. Esta es también la opinión de los autores franceses que han comentado la ley de 1855 acerca de la transcripción. No examinaremos si los que enseñan que la acción pauliana no es una acción de nulidad son consecuentes al aplicar á esta acción una disposición que sólo se ocupa de las acciones de nulidad y de resolución; poco nos importan estas contradicciones, vienen en apoyo de nuestra doctrina; si se atiende uno al texto del Código Civil y á la tradición toda duda desaparece. (1)

215. La acción de reivindicación no es una acción de nulidad; aquel que reivindica obra en virtud de su derecho de propiedad; no pide la anulación ni la revocación del derecho en virtud del que el detentor posee; este derecho, procedente de una convención en la que el propietario ha permanecido extraño, no puede serle opuesto. No se está, pues, en el texto de la ley; lo que es decisivo. El interés de los terceros en conocer la demanda de reivindicación y el resultado de la acción no podría ser invocado, pues no basta que los terceros tengan interés en conocer una acta para que deba hacer pública. La regla general es que las sentencias no están sometidas á la publicidad, porque sólo

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 390, núm. 220. Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 185, núm. 535. Flandin, *De la transcripción*, t. I, p. 465, número 630. En sentido contrario, Rivière y Huguet, *Cuestiones*, p. 181, núms. 269 y 270.

declaran los derechos de las partes; el art. 3 consagra una excepción, y las excepciones se extienden. (1)

Con mayor razón el art. 3 no es aplicable cuando la demanda de reivindicación está formada contra un poseedor sin título; no procediendo el demandado en virtud de un título sometido á la transcripción el art. 3 es inaplicable. (2) Esto no es ya una cuestión de publicidad, es un asunto de propiedad que se suscita entre el propietario y el detentor de la cosa que pertenece al reivindicante. Se puede uno prevalecer del interés de los terceros, puesto que éstos, en el sistema de publicidad, no están interesados en conocer más que los títulos y las sentencias que nulifican estos títulos; donde no los hay la publicidad está fuera de causa.

216. Del principio de que la disposición del art. 3 es excepcional se sigue que no puede ser extendida por vía de analogía. La Corte de Gante lo sentenció así y esto no es dudoso. En el caso los hospicios pedían el mantenimiento de un derecho de paso que sostenían desde tiempo inmemorial. Esto era la reivindicación de un derecho de servidumbre, lo que no tiene nada de común con una demanda de anulación ó de revocación. (3)

217. Toda demanda de nulidad y de revocación no debe ser hecha pública; es necesario además, según el art. 3, que la demanda tenga por objeto derechos resultantes de actas sometidas á la transcripción. La publicidad del artículo 3 es una consecuencia de la publicidad prescrita por el artículo 1.º, como lo explicó la comisión del Senado (número 205). Si una acción tiene por objeto derechos que no están sometidos á la transcripción no puede tratarse de hacer la demanda pública.

1 Flandin, *De la transcripción*, t. II, p. 466, núm. 631.
2 Lieja, 24 de Mayo de 1873 (*Pasicrisis*, 1873, 2, 376).
3 Gante, 31 de Julio de 1872 (*Pasicrisis*, 1872, 2, 395).

218. La aplicación del principio suscita una dificultad. Hay una acta que por su naturaleza está sujeta á la transcripción, pero es anterior á la nueva ley; por consiguiente, no tienen que transcribirse; si un proceso surge acerca de esta acta ¿la demanda y las sentencias deberán publicarse? Esta cuestión no está decidida por los arts. 1 y 3 de la Ley Hipotecaria; la dificultad tiende al principio de la no retroacción de las leyes. Las formalidades del procedimiento están regidas por la ley que está en vigor en el momento en que la acción está intentada. ¿Debe aplicarse esta regla á la formalidad de la inscripción establecida por el art. 3? Aunque prescrita en interés de los terceros la inscripción de la demanda no deja de ser una formalidad cuya inobservancia engendra un excepción en favor del demandado; está, pues, relacionada con el procedimiento; síguese de esto que la ley nueva es aplicable á toda demanda que tiene por objeto la anulación ó la revocación de un derecho real inmobiliario aunque el acta haya sido redactada anteriormente á la nueva ley. En el sistema de la ley esta acta se considera como transcripta; luego el art. 3 es aplicable. (1)

219. El art. 3 no es aplicable más que cuando los derechos resultan de actas *sometidas á la transcripción*. Esto supone que las actas están transcriptas, como lo dice la ley francesa de 1855, que contiene una disposición análoga. (2) Esta redacción zanja una dificultad que se presenta bajo el imperio belga. El acta, aunque sometida á la transcripción, no fue transcripta. ¿Tendrá que hacerse la transcripción en este caso? Los autores enseñan que la inscripción debe, no obstante, hacerse; la Corte de Bruselas se pronunció por la opinión contraria, que no titubeamos en admitir. No hay publicidad obligatoria sin texto; y resulta del texto del ar

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 159, núm. 134.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 391, núm. 223.

título 3 que la ley sólo ordenó la inscripción cuando la transcripción ha sido hecha; en efecto, la ley quiere que la demanda esté inscrita al margen de la transcripción prescripta por el art. 1.º y que las sentencias estén inscritas á continuación de esta mención; luego la publicidad organizada por la ley implica que la transcripción esté hecha. Los autores que admiten la necesidad de la inscripción aunque no hubiera transcripción hacen la ley, puesto que exigen la publicidad en un caso no previsto por ella; hacen, pues, lo que sólo el legislador tiene derecho de hacer. ¿Se quiere la prueba? El art. 3 de la ley belga no hizo más que reproducir, generalizándola, la disposición del art. 958 del Código Civil. Este artículo decía también que la transcripción debía hacerse al margen de la transcripción prescripta por el art. 939. De allí la cuestión de saber si hay que inscribir un extracto de la demanda cuando no hay acta transcrita y cómo debe hacerse esta inscripción. No existían menos de cuatro opiniones diferentes acerca de esta dificultad; como esto sucede siempre cuando nada dice la ley cada autor tiene su sistema. Los autores hubieran debido recordar que en materia de publicidad el silencio de la ley es decisivo, puesto que no hay publicidad sin texto.

La circular ministerial de 23 de Enero de 1852 ha adoptado la opinión de Toullier. Se ha invocado esta circular como una autoridad en favor de la opinión que combatimos. La Corte de Bruselas dijo muy bien que el ministro no decide las cuestiones en las que hay controversia. Es dudoso, dice la circular, que el conservador pueda negarse á la inscripción cuando el acta no fué transcrita. Si esto es dudoso es que la ley nada dice. ¿Emite la circular la opinión de que apesar del silencio de la ley la inscripción debe hacerse? Nó, ni siquiera dice que el conservador tiene obligación de inscribir en la duda, indica un medio de hacer la inscripción. Se hará constar la entrega del extracto en el re-

gistro del depósito y se transcribirá el contenido en el cuerpo del registro de transcripción, en la fecha y orden del depósito. Se hará esta mención en el repertorio en la cuenta abierta antigua ó nueva del propietario demandado, dejando en blanco las columnas, que no podrán ser llenadas sino cuando la transcripción será ulteriormente requerida. Al margen de esta transcripción se hará mención de la inscripción ya anotada en el repertorio. Basta comparar este modo de inscripción con el que prescribe la ley para convenirse de que es extralegal, y lo que en esta materia es extralegal es ilegal. (1)

Núm. 3. De la inscripción.

220. ¿Qué actas deben ser inscritas? La demanda y las decisiones pronunciadas acerca de ellas. En cuanto á la demanda no hay ninguna dificultad, es una acta única. La ley dice que *toda decisión* pronunciada acerca de la demanda será igualmente transcrita. ¿Debe concluirse de esto que todas las sentencias que intervienen en el curso de la instancia, aun las sentencias preparatorias é interlocutorias, deban ser hechas públicas? Nó; la palabra *decisión* implica una sentencia *decisiva* de la demanda, de la que la ley prescribe la publicidad; y las sentencias preparatorias ó interlocutorias no terminan la instancia; luego no son *decisivas* en el sentido del art. 3. El espíritu de la ley no deja ninguna duda acerca de este punto. ¿Por qué somete la ley á la inscripción las sentencias pronunciadas acerca de la demanda? Porque los terceros están interesados en saber cuál es el resultado de la demanda: ¿se admitió ó fué desechada? ¿El acta fué revocada, anulada, ó fué mantenida? Esto es lo que interesa á los terceros; luego es la sentencia que ter-

1 Bruselas, 13 de Julio de 1866 (Pasioris, 1867, 2, 27). En sentido contrario, Martou, *Comentario*, t. I, p. 162, núm. 138. Cassier, *Estudios*, p. 73, números 70 á 73. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 90, núm. 171.

mina cada instancia la que se debe publicar; en cuanto á las que se refieren al procedimiento no tienen ningún interés para los terceros; luego fuera frustratorio publicarlas. Si la ley dice que *todas* las decisiones deben ser inscriptas es porque hay varias instancias, y cada una se termina por una sentencia. Todas estas sentencias deben ser hechas públicas. Este es ya un verdadero lujo de publicidad; hubiera bastado inscribir la decisión que termina definitivamente el proceso; hay que cuidarse de agregar la publicidad legal. (1)

Así deben inscribirse las sentencias recaídas en apelación, sin distinguir si la resolución de primera instancia está mantenida ó infirmada; desde que hay apelación los terceros tienen interés en saber cuál será su resultado. Sucede lo mismo con las decisiones pronunciadas en el recurso de casación, sin distinguir entre las sentencias que casan y las que deniegan. Si hay casación el negocio está devuelto ante otra corte ó ante otro tribunal; la decisión que recaiga tendrá naturalmente que ser transcripta. Se puede reprochar á la ley el haber prescripto una publicidad excesiva; pero el legislador habló y el intérprete debe obedecer. (2)

221. La publicidad se hace por vía de inscripción, mientras que para las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios la ley prescribe la transcripción. Hay una razón de esta diferencia. Los terceros están interesados en conocer las cláusulas de las actas de venta, partición ó arrendamiento, y como no es muy posible determinar *a priori* á qué cláusula se limita su interés habrá que ordenar la copia íntegra; mientras que, para las demandas de anulación y las decisiones pronunciadas en estas demandas, al contrario, es muy fácil precisar lo que interesa á los terceros; es el hecho de la demanda el que les da á saber que tal acta transcripta está amenazada de ser nulificada des-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 171, núm. 153.

2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 173, núms. 153 y 159.

pués de la sentencia que acoge ó deseche la demanda; hubiera sido inútil y, por tanto, frustratorio copiar en los libros del conservador los motivos de hecho y de derecho en los que se fundan las demandas y las sentencias. Una simple mención de la demanda y de las decisiones bastaba para dar aviso á los terceros y darles á saber lo que necesitan conocer.

222. La diferencia que existe entre la transcripción y la inscripción arrastra también formalidades diferentes. Cuando una parte hace transcribir una acta basta que la presente al conservador y que el acta esté redactada en las formas exigidas por la ley. Las formalidades son más complicadas cuando se trata de una inscripción que debe comprender sólo las menciones esenciales. Es el art. 84 el que fija la materia. Las partes deben presentar, por sí ó por un tercero, si se trata de una demanda, dos extractos en papel sellado conteniendo los nombres y apellidos, profesiones y domicilio de las partes, los derechos cuya anulación ó revocación se pide y el tribunal que debe conocer de la causa. Si se trata de una sentencia las partes deben presentar dos extractos en papel sellado expedidos por el secretario, conteniendo los nombres, apellidos, profesión y domicilios de las partes, el dispositivo de la sentencia y el tribunal ó corte que la pronunció.

La ley exige dos extractos, como exige dos *bordereaux*, para la inscripción hipotecaria. El conservador guarda un extracto y entrega el otro al requirente, certificando en él que la inscripción ha sido hecha. Diremos, al tratar de la publicidad de la hipoteca, cuál es el objeto de estas formalidades.

La ley aplica también á las inscripciones prescriptas por el artículo 3 el principio nuevo que establece en lo relativo á la nulidad (art. 85); la omisión de una ú otra formalidades que exige arrastra la nulidad de la inscripción

sólo cuando resulta un perjuicio para los terceros. Explicaremos esta materia en el capítulo *De las Hipotecas*.

223. Se presenta una dificultad especial para la inscripción prescripta por el art. 3. Se supone que el derecho cuya anulación ó revocación se persigue fué objeto de transmisiones sucesivas transcritas en los registros del conservador. ¿Debe el demandante, en este caso, inscribir la demanda y las decisiones al margen de cada inscripción ó basta que la inscripción se haga al margen de la primera acta transcrita? Esto depende de la naturaleza y objeto de la demanda. Si el demandante concluye á la demanda ó revocación de todas las actas tendrá que inscribir la demanda y sentencias al margen de todos los actos transcritos. Esta es la aplicación literal de la ley. Pero cuando la demanda se dirige contra el acto primitivo por el que la mutación de los derechos inmobiliarios se operó se satisface plenamente á la ley con la inscripción de la demanda al margen de esta acta, ordinariamente transcrita. El art. 3 no obliga que esta formalidad esté renovada para cada transmisión ulterior si el demandante juzga que no han perjudicado sus derechos y si no persigue directamente su nulidad. Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Casación de Belgica. (1) En el caso el recurrente invocaba la falta de inscripción de la demanda como medio de nulidad contra la sentencia atacada. En cuanto á la sentencia intervenida en la demanda se entiende que no debe inscribirse al margen de las actas que no están anuladas ó revocadas. Esto es un argumento decisivo en favor de la interpretación consagrada por la Corte; en efecto, la inscripción de las sentencias y de la demanda constituyen una misma

1 Denegada, 28 de Junio de 1867 (Pasierisla, 1868, 1, 23). En el mismo sentido, Martou, *Comentario*, t. I, p. 163, núm. 139. Troplong, *De la transcripción*, p. 354, núm. 222. Compárese Delebecque, *Comentario*, p. 67, núm. 62. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 86, núm. 166. Mourlón, *De la transcripción* t. II, página 199, núm. 548.

formalidad: la publicidad determinada por la ley. Si las sentencias no deben y ni siquiera pueden ser inscriptas no podía tratarse de inscribir la demanda, y si la demanda debía ser inscripta las sentencias debían también ser hechas públicas; y fuera un absurdo inscribir al margen de actas transcritas sentencias extrañas á estas actas. Luego es absurdo inscribir la demanda. Además los terceros que figuran en una acta no tienen ningún interés en conocer la demanda y las decisiones que intervienen, sus actos están mantenidos mientras no se atacan. Y es inútil que intervengan en la instancia para defenderlos, pues la sentencia pronunciada fuera de su presencia no les puede ser opuesta; el demandante tendrá que promover contra ellos para reivindicar el inmueble entrado en su dominio en virtud de la sentencia que obtuvo, y en esta nueva acción pueden defender sus intereses.

Núm. 4. Consecuencia de la falta de inscripción.

224. La falta de publicidad no produce siempre las mismas consecuencias; los efectos difieren según la naturaleza de los actos que se deban hacer públicos. Si se trata de la transcripción de actos translativos ó declarativos de derechos reales inmobiliarios la ley sienta en principio que se consideran con relación á los terceros como inexistentes en tanto que no se hagan públicos (núms. 159 y 160). Los arrendamientos, al contrario, aunque no transcritos están mantenidos; sólo que son reductibles (núm. 161). En cuanto á las demandas judiciales y á las sentencias recaídas sobre aquéllas la falta de publicidad tiene efectos del todo particulares.

Un primer efecto aplicable á toda demanda es una excepción que se puede oponer al demandante: *ninguna demanda que tienda á hacer pronunciar la acumulación ó la revocación de derechos que resultan de actos sometidos*

á la transcripción *será recibida en los tribunales* sino después de haber sido inscrita al margen de la transcripción" (art. 3).

La ley impone en segundo lugar una obligación á los secretarios: "no pueden, bajo pena de daños y perjuicios, entregar ningún expediente de las sentencias recaídas en la demanda antes de que se le haya debidamente justificado, en la forma prescrita por el art. 84, que está hecha la inscripción." Esta disposición es general en apariencia: en realidad no se aplica en lo relativo á los daños y perjuicios más que al caso en que la revocación opera un efecto retroactivo, como lo diremos más adelante, sólo se aplica al caso en que la revocación se hace *ex nunc*.

Queda por saber cuál es la consecuencia de la falta de inscripción en lo que se refiere á los *terceros*. Esto es el objeto del art. 4, que sólo se refiere á la revocación *ex nunc*.

I. De la excepción de no proceder.

225. El art. 3 dice que la demanda que no está publicada no será *recibida*. De aquí procede que en los trabajos preparatorios se dice que el demandado puede oponer á la demanda una excepción de *no haber lugar*. Esta expresión no es exacta; la excepción de no haber lugar nulifica el derecho mismo que se reclama en justicia, y es seguro que la falta de publicidad de la demanda deja subsistir el derecho; impide solamente que se reciba la demanda, de modo que el demandante siempre puede hacer valer su derecho después de hacer pública su demanda. Para que no quedara ninguna duda sobre este punto fué por lo que el Ministerio de Justicia propuso una reforma, por la que se reproducían en el art. 3 los términos del art. 48 del Código de Procedimientos. Esta última disposición está concebida así: "Ninguna demanda principal introductiva de instancia *será re-*

cibida por los tribunales en tanto que el demandado no haya sido previamente llamado á conciliación ante el juez de paz." La consecuencia de la no observancia del art. 48 es que el demandado puede rechazar la demanda por una excepción que no toca al fondo y que por esta razón se llama un simple *fin de no proceder*. Pasa lo mismo con la falta de publicidad en el sentido del art. 3, puesto que esta disposición está calcada del art. 48. (1)

226. La excepción es de orden público, puesto que la publicidad se estableció en interés de los terceros, lo que es un interés general. De donde se sigue que la excepción puede y debe ser opuesta de oficio por el juez. Es al tribunal al que se dirige la ley cuando dice que ninguna demanda se *recibirá*; la publicidad es lo más amenudo indiferente á las partes; el demandado puede, pues, no oponer la excepción; en este caso el tribunal lo debe hacer. La redacción primitiva lo decía terminantemente: "Esta no admisión será pronunciada aun de oficio." Si esta frase ha sido quitada fué únicamente porque no cuadraba con un cambio de redacción propuesto por el Ministerio de Justicia. La comisión del Senado, á la vez que aprobaba esta modificación, tuvo cuidado de agregar: "Estando la inscripción exigida menos en interés de las partes que en el de los terceros es una formalidad de orden público, y, por consiguiente, la omisión de esta formalidad hace nacer una no admisión que el juez puede suplir de oficio sin que la ley deba darle poder expreso." (2)

Al decir que el juez *puede* de oficio oponer la excepción sin que la ley lo autorice para ello la comisión del Senado no entendió decir que el juez es libre de no oponerla: esta es una obligación que tiene que cumplir, porque la pu-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 165, núm. 142. Parent, p. 81.

2 D'Anethán, segundo informe [Parent, ps. 481 y siguientes].

blicidad es de orden público y que el fin de no proceder es el medio, á la vez que más sencillo, el más enérgico para obligar al demandante á inscribir la demanda. La Corte de Bruselas lo juzgó así, y deducía la consecuencia de que la inscripción se debe hacer al terminar la instancia y que la falta de publicidad paraliza la acción; que, por consecuencia, la inscripción hecha en el curso de la instancia, y especialmente en apelación, es inoperante porque no puede cubrir el procedimiento hecho ilegalmente y violando una prescripción de orden público. La Corte anuló, en consecuencia, la sentencia de primera instancia y todo el procedimiento, salvo la demanda. (1) Esto es muy lógico; la demanda es la única acta que el demandante puede hacer; se necesita que haya una demanda, pero todo lo que sigue á la demanda está viciado y debe ser anulado.

Del principio de que la excepción es de orden público se sigue también que puede ser opuesta en cualquier estado de la causa. En el caso que acabamos de recordar la excepción había sido opuesta en apelación; la corte asimiló todo el procedimiento: el de apelación como el de primera instancia. El procedimiento debía, pues, volverse á hacer. (2)

II. De la obligación impuesta al secretario.

227. La excepción de no proceder garantiza la publicidad de la demanda si los tribunales cumplen con el deber que les impone la ley implícitamente. En cuanto á la publicidad de las sentencias la ley encarga al secretario de vigilar que se inscriban. Su acción sólo es indirecta; no es el secretario quien deba requerir la inscripción, como el diligenciarario tiene que hacerlo, según la ley francesa de 1855, bajo pena de multa; pero tiene un medio indirecto de forzar á las partes á hacer la inscripción de las sentencias.

1 Bruselas, 10 de Noviembre de 1869 [Pasieris, 1869, 2, 419].
2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 167, núms. 144 y 145.

La ley le prohíbe entregar ninguna copia de las sentencias no inscriptas. Hubiera debido sancionar esta prohibición ó esta obligación con una pena, como la ley francesa. Según nuestra ley no hay otra sanción más que la de daños y perjuicios. Se ha concluido de esto que en el caso en que no hubiera lugar á daños y perjuicios el secretario podía expedir copias de las sentencias no inscriptas. (1) Lo puede, sin duda en el sentido de que no incurre en ninguna pena; pero no deja de ser verdad que falta á su deber al no hacerlo.

228. La prohibición establecida por el art. 8 es general: el secretario no puede entregar *ninguna copia* antes que las partes justifiquen haber inscripto la sentencia. Poco importa cuál sea el efecto de la sentencia; que retrotraiga ó no la ley no distingue; no permite, en ningún caso, al secretario entregar copia mientras no hay inscripción. Pero la sanción de los daños y perjuicios no recibe aplicación al caso en que la sentencia opera *ex nunc*. En efecto, puesto que el propietario cuyo derecho está invocado puede hacer actas de disposición hasta el momento en que la revocación se hace pública por la inscripción de la demanda seguida de la inscripción de la sentencia los terceros no sufrirán ningún perjuicio con la falta de publicidad. Supongamos que ni la demanda ni la sentencia hayan sido publicadas; en este caso el propietario cuyo derecho está invocado será siempre considerado como propietario para con los terceros en el sentido de que todas las actas de disposición que haría serán válidas; por consiguiente, los terceros no sufrirán ningún perjuicio, y no tendrán acción de daños y perjuicios contra el secretario, puesto que no hay daño causado. Es sólo en el caso en que la sentencia tiene un efecto retroactivo cuando los terceros pueden ser perjudicados por la falta de publicidad. El secretario expide una copia de la sentencia

1 Delebecque, *Comentario legislativo*, p. 69, núm. 66. En sentido contrario Martou, *Comentario*, t. I, p. 175, núm. 163.

cuando no ha habido ninguna publicidad de la demanda ni de las decisiones intervenidas en la demanda; un tercero ignorando la revocación de los derechos del propietario trata con él comprándole el inmueble ó estipulando una hipoteca. Estas actas son nulas porque han sido consentidas por aquel que se considera no haber tenido nunca derecho en la cosa. Este es el principio. Y este perjuicio es imputable al secretario, pues si hubiera cumplido con su deber la sentencia hubiera sido inscripta y la inscripción hubiera advertido al tercero, que no hubiera seguramente tratado con el propietario cuyos derechos estaban nulificados retroactivamente. (1)

III. Efecto de la falta de inscripción en lo relativo á los terceros.

229. La ley ordena la inscripción de la demanda y de las sentencias en interés de los terceros. ¿Debe concluirse que si estas actas no han sido hechas públicas deben ser consideradas para con los terceros como no existentes? Hay que distinguir entre las sentencias que retrotraen y las que no retrotraen; es decir, que los propietarios cuyo derecho está anulado, revocado ó resuelto, están considerados como no haber tenido nunca la propiedad del inmueble; de aquí la consecuencia de que las actas de disposición hechas por ellos llegan á caer. Resulta de esto que la falta de publicidad no puede tener ningún derecho en el caso en que la sentencia nulifica retroactivamente los derechos del propietario. En vano dicen los terceros que las sentencias que no han sido hechas públicas no se les pueden oponer; entre ellos y el propietario el debate no versará en una cuestión de publicidad. El verdadero propietario reivindica su cosa contra aquellos que la tuvieron de un propietario aparente que nunca tuvo la propie-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 175, núm. 164.

dad de la cosa; los derechos de los terceros caen porque han sido concedidos en virtud de un derecho anulable, revocable ó resoluble, por aplicación del principio de que no pueden conferirse á terceros más derechos de los que uno mismo tiene. La falta de publicidad no puede dar el derecho de disponer á aquel que no es propietario; y el propietario prueba que los derechos reclamados por los terceros les fueron consentidos por un no propietario al producir la sentencia que nulifica sus derechos. ¿Dirán los terceros que esta sentencia no les puede ser opuesta porque no han sido partes? Es su derecho; pero este derecho, una vez más, es extraño á la publicidad, se liga á los principios que rigen la cosa juzgada; y el demandante puede evitar la excepción de cosa juzgada poniendo en causa á los terceros á los que el demandado ha consentido derechos; en este caso la sentencia les será común y podrá serles opuesto sin que ninguna inscripción se haya tomado.

¿Quiere decir que la falta de publicidad no tiene ninguna consecuencia ni ninguna sanción cuando se trata de actas cuya anulación ó revocación retrotrae? Ya hemos contestado de antemano. La publicidad interesa á los terceros, la falta de publicidad puede serles perjudicial. Desde luego la publicidad debe tener una sanción. La ley da á los terceros una acción de daños y perjuicios contra el secretario cuando la falta de inscripción les ha inducido en error por culpa del secretario. Además, la ley hace un deber al juez de no recibir la demanda mientras no ha sido publicada. Hé aquí dos garantías establecidas en favor de los terceros cuyos derechos están en el caso de estar nulificados en virtud de la retroacción de la sentencia.

230. Sucede muy diferente en los casos en que la revocación obra *ex nunc*; nos servimos del lenguaje de la escuela porque abrevia las explicaciones. Para expresar esta idea el art. 4 tuvo que emplear circunlocuciones que ha-

cen obscura la disposición; dice: «Serán válidas todas las enajenaciones hechas, todas las hipotecas y otros cargos reales impuestos anteriormente á la inscripción requerida por el art. 3 en el caso en que ni la revocación ni la anulación no son de naturaleza á perjudicar semejantes derechos consentidos antes de la acción.» Esto quiere decir: en el caso en que hay revocación *ex nunc*. Sólo es preciso borrar las palabras *ni la anulación*, pues la anulación no opera nunca *ex nunc*, obra siempre retroactivamente, por razón de que supone un vicio infectando la convención y haciéndola nula desde su origen; de modo que ni se concibe que la anulación tenga lugar sólo á partir de la sentencia ó de la demanda, pues esto sería decir que una acta nula por estar viciada puede producir efectos; lo que es jurídicamente imposible; para valernos de los términos del art. 3 es imposible que aquellos cuyo derecho es nulo puedan conferir á terceros derechos válidos; el que sólo tiene un derecho viciado no puede conferir á los terceros más que derechos viciados. El principio consagrado por el art. 4 no se refiere, pues, más que á la revocación, la que opera algunas veces sin retroacción *ex nunc*, como se dice. Y aun estos casos son raros, como lo hemos dicho ya (núm. 209).

Cuando la propiedad está revocada *ex nunc* el propietario está considerado como tal, para con los terceros, hasta el momento en que la demanda de revocación se inscribe. Esta es la aplicación que rige las sentencias combinada con el principio de publicidad. Las sentencias que sólo son declarativas tienen efecto á partir del día de la demanda; una vez reconocidos los derechos del demandante tiene que obtener, á partir del día en que la reclama en justicia, lo que hubiera obtenido si desde aquel día la decisión hubiera sido pronunciada, no debiendo las moras inevitables de la justicia perjudicar á aquellos que están obligados á ocurrir á ella. En principio el derecho del deman-

dado está, pues, revocado á partir de la demanda; pero este principio está modificado por la obligación de publicar la demanda en interés de los terceros que se encuentran en el caso de contratar con el propietario cuyo derecho está sujeto á revocación; pueden tratar con él hasta el día en que adquieren el conocimiento de la demanda de revocación; luego hasta el día de la inscripción. De ahí la consecuencia de que todas las actas pasadas antes de la inscripción de la demanda son válidas en el sentido de que el propietario tenía el derecho de hacerlas. La Ley Hipotecaria, esto se entiende, no valida estas actas á otro respecto; la cuestión de saber si las actas emanadas del propietario son válidas ó no está decidida por los principios generales de derecho.

231. Puede suceder que la demanda no haya sido transcrita; en este caso, dice el segundo inciso del art. 4, la sentencia de revocación ó de *anulación* no tendrá ningún efecto para con los terceros más que á partir del día de la inscripción. La palabra *anulación* está demás, pues toda *anulación* retrotrae necesariamente; en el art. 4 no se trata más que de la revocación *ex nunc*. Si la demanda no fué publicada los terceros debieron creer que ninguna acción de revocación está formada contra el propietario; tratan, pues, con éste como si fuera verdadero propietario; si la sentencia pudiera serles opuesta se les engañaría, perjudicándolos; y el objeto de la publicidad que la ley organiza es precisamente impedir que los terceros sufran un perjuicio por la clandestinidad de las actas que tienen interés en conocer; la ley tuvo, pues, que decidir que una demanda no inscrita se reputaba como no existente para con los terceros. Sólo hay publicidad, en este caso, por la inscripción de la sentencia; luego la revocación no puede tener efecto contra éstos más que á partir de esta inscripción. De esto se sigue que si posteriormente á la sentencia el propietario cuyo derecho

está revocado enajena ó hipoteca el inmueble del que dejó de ser propietario estas actas están mantenidas; un no propietario tendrá, pues, el derecho de disponer de la cosa. Esto es una anomalía, pero se explica por el principio de la publicidad. Si la propiedad está revocada es por una sentencia que debe publicarse para tener efecto para con los terceros; si no está inscrita no se puede oponerla á aquellos que tratan con el propietario ignorando la decisión que revoca su derecho.

232. La ley no prevee el caso en que la demanda ha sido inscrita, mientras que la sentencia no lo es. Si un tercero trata con el propietario cuyo derecho está revocado por sentencia del juez ¿podrá esta sentencia serle opuesta aunque no se haya hecho pública? En principio se debe decir de la sentencia lo que se dice de la demanda; no estando inscrita está considerada, con relación á los terceros, como si no existiera; no puede, pues, producir ningún efecto entre ellos. Por esto en teoría la enajenación ó la hipoteca consentidas posteriormente á la demanda inscrita serían válidas. Pero esta teoría no aprovecha á los terceros que serían muy imprudentes si se fiaran de ella. En efecto, la ley no fija ningún plazo en el que se deba hacer la inscripción de la sentencia; luego puede hacerse siempre con utilidad; por consecuencia, la decisión que revoca el derecho del propietario podrá ser inscrita en el momento en que quieran los terceros prevalecerse de la falta de inscripción. El legislador habría debido prescribir un plazo para hacer la inscripción en interés de los terceros; sin embargo, la ley no es tan injusta como se podría creer; en efecto, los terceros están prevenidos por la publicidad de la demanda en revocación; desde este momento no deben tratar con el propietario cuyo derecho está amenazado; si tratan es á su riesgo. (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 181, núm. 171. Compárese, en sentido diverso, Casier, *Estudios*, p. 82, núm. 83. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 95, núm. 182.

233. Siempre hemos supuesto que las actas hechas por los terceros les confieren un derecho real. Tal es, en efecto, la disposición del art. 4, que declara válidas todas las enajenaciones hechas, todas las hipotecas y demás *cargos reales* impuestos anteriormente á la inscripción de la demanda en revocación. ¿Qué se debe decidir de los arrendamientos consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado? Si se apegara uno á la ley se debería decir que los arrendamientos no son válidos. Lo que sería uno de esos malos argumentos que se sacan del silencio de la ley y que no tienen ningún valor cuando son contrarios á los principios. ¿Y cuál es el principio establecido por el art. 4? Que el propietario cuyo derecho está revocado ha sido propietario hasta el momento de la demanda, y á falta de la demanda la sentencia se ha hecho pública; y si ha sido propietario pudo válidamente hacer todo acto de propiedad; la ley respeta las enajenaciones y las hipotecas que ha consentido, con mayor razón debe respetar los arrendamientos. ¿Será necesario que los arrendamientos hayan sido transcriptos? Nó, en nuestro concepto, porque la ley no lo exige. No se puede invocar el art. 1.º de la Ley Hipotecaria porque esta disposición supone que se trata de un arrendamiento que el arrendario quiere oponer á los legatarios del dador, terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios; mientras que, en la especie, se trata de la validez de un arrendamiento consentido por un propietario cuyo derecho fué después revocado. Todo lo que se puede exigir conforme á los principios generales es que el arrendatario establezca que su arrendamiento tenga fecha cierta anterior á la inscripción de la demanda. Siguese de esto que el arrendamiento debe haber sido hecho de buena fe; el fraude siempre hace excepción. (1)

1 Compárese Martou, *Comentario*, t. I, p. 180, núm. 168.

234. La aplicación del art. 4 da lugar á una dificultad en la que hay controversia. Se supone que la demanda no ha sido inscripta; antes de la inscripción de la sentencia un tercero estipula una hipoteca sobre un inmueble y lo inscribe. ¿Podrá esta hipoteca ser opuesta al propietario si los terceros tenían conocimiento de la sentencia que no se había hecho pública? La misma pregunta se hace en el arrendamiento y en los derechos reales consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado. Se trata de saber si la disposición del art. 1.º de la Ley Hipotecaria referente al fraude debe ser aplicada al art. 4. La solución depende del carácter de esta disposición: ¿es la aplicación de un principio general? Se debe aplicar al caso previsto por el art. 4: ¿es, al contrario, una excepción? Se la debe restringir á las actas translativas y declarativas de derechos reales inmobiliarias para las que fué promulgada. Agregaremos que en el examen de esta dificultad el intérprete debe enterarse de la intención del legislador y no de la teoría, que puede preferir á la de la ley. Sentada así la cuestión sólo es una. El art. 1.º dice que las actas no transcritas no pueden ser opuestas á los terceros que hubieran contratado *sin fraude*. La palabra *fraude* revela el pensamiento del legislador; considera al tercero que compra un inmueble cuando sabe que el vendedor ya lo ha vendido á un primer adquirente como siendo de mala fe, y, por consiguiente decide que se le puede oponer la excepción de dolo. Y esta excepción es de derecho común, es un antiguo adagio que el fraude siempre hace excepción. En vano se dice que en la excepción no hay ni dolo ni fraude; aunque esto fuera verdad no por eso dejaría menos de decidirse que hay fraude legal; es decir, que el legislador admite que hay fraude, lo que zanja la dificultad. ¿Qué importa que el Código Civil admita lo contrario en el art. 1071? Es más bien esta disposición la que tiene un carácter excepcional y esto se explica

por el disfavor que tienen las substituciones; aun cuando el legislador las autoriza prefiere los derechos de los terceros que se confunden con el interés general al interés de los substituidos. De cualquier modo que sea la Ley Hipotecaria no debe interpretarse por el Código Civil sino por ella misma. Y habría una contradicción chocante, inexplicable, en rechazar á los terceros de mala fe en el art. 1.º y protegerlos en el art. 4. ¿Puede el legislador prestar su apoyo á los que considera como culpables de fraude? (1)

§ II.—DE LA CESIÓN DE CREDITOS HIPOTECARIOS O PRIVILEGIADOS.

Núm. I. ¿Qué cesiones se deben hacer públicas?

235. La Ley Hipotecaria (art. 5) somete á la publicidad la cesión de un crédito hipotecario ó privilegiado en el sentido de que no se podrá oponer á los terceros sino cuando se haga pública. Esto es una derogación del Código Civil. El art. 1690 dice que el cesionario no está poseído, con relación á los terceros, más que por la notificación del traslado hecho al deudor ó por la aceptación que éste hace de la cesión en una acta auténtica. El Código estableció, pues, una condición en interés de los terceros, derogando en esto el principio que consagra sobre la translación de la propiedad. En regla general la propiedad se trasfiere, entre las partes y con relación á los terceros, por el único efecto del contrato, independientemente de toda tradición y de toda formalidad exterior. Sucede de otro modo con la translación de los créditos; entre las partes la cesión es perfecta por el concurso de consentimientos, mientras que con relación á los terceros no existe mientras no ha sido notificada

1 En sentido contrario, Martou, *Comentario*, t. I, p. 181, núm. 172. Compárese Casier, *Estudios*, p. 83, núm. 84 y Cloez, *Comentario*, t. I, p. 89, número 170.

al deudor ó aceptada por éste. La notificación ó la aceptación es una especie de publicidad prescripta en favor de los terceros; se necesita una acta auténtica; es decir, pública; los terceros que tienen interés en conocer la cesión pueden dirigirse al deudor, el que, en este sistema, hace en algún modo funciones de oficial público.

Es á propósito como empleamos expresiones poco jurídicas para definir el principio consagrado por el Código Napoleón en materia de translación de créditos; esta es una publicidad muy insuficiente; mejor dicho, la cesión queda clandestina, pues que la ley no encarga al deudor la ilustración de los terceros y el deudor, después de todo, no está obligado á responder á los terceros que le consulten, y si lo hace sin decir la verdad ¿dónde estará su garantía? La notificación ó la aceptación no era eficaz más que con relación al deudor, avisado de la translación por una acta auténtica; pero un segundo cesionario, de igual modo que los acreedores del cedente, muy bien podían ignorar la cesión. La formalidad prescripta por el Código Civil tenía, pues, todos los inconvenientes de la clandestinidad: un segundo cesionario podrá ser engañado por el cedente comprando un crédito cedido ya.

La nueva ley tiene por objeto garantizar los intereses de los terceros reemplazando la clandestinidad por la publicidad, pero no prescribe la publicidad más que para los derechos reales, y es necesario además que estos derechos sean inmobiliarios; en cuanto á las transacciones mobiliarias quedan bajo el imperio del Código Civil. Hé aquí por qué la Ley Hipotecaria limita la innovación á los créditos que están garantizados por una hipoteca ó por un privilegio; los créditos no hipotecarios ni privilegiados no están sometidos al principio de publicidad; son derechos puramente mobiliarios y personales, de los que no se ocupa la nueva ley. Es verdad que aunque garantizados por una hipoteca

ó por un privilegio el crédito queda un derecho mobiliario; pero como la cesión comprende las hipotecas y los privilegios ligados al crédito resulta que la translación de un derecho mobiliario implica la de un derecho real inmobiliario; en efecto, conforme al art. 1.º de nuestra ley los privilegios é hipotecas son derechos reales inmobiliarios, como lo diremos en el capítulo *De las Hipotecas*. La nueva ley podía, pues, y debía ocuparse de la translación de créditos privilegiados ó hipotecarios.

¿Por qué somete á la publicidad la cesión de estos créditos? Importa hacer constar los motivos de la derogación que la nueva ley hace del Código Civil, porque nos servirán para hacer precisar su sentido y su alcance. La comisión especial dice que las leyes buenas deben ministrar armas contra el fraude. Si el acreedor que vende su crédito conserva el título puede fácilmente venderlo á un segundo cesionario; éste debe creer que su cedente aún es propietario del crédito, puesto que tiene el título y que subsiste la inscripción hipotecaria; comprará, pues, un crédito ya cedido y será engañado por la clandestinidad de la primera cesión: la publicidad lo pone al abrigo de este fraude. La comisión del Senado también dice en su informe que interesa hacer pública la cesión para impedir al acreedor primitivo ceder una segunda vez un derecho que ya no fuera suyo. (1) En fin, los autores reproducen este mismo motivo. (2) No se trata en los trabajos preparatorios de los demás terceros. En cuanto al deudor la publicidad es inútil, puesto que directamente debe ser advertido por la notificación. Quedan los terceros acreedores; la formalidad prescripta por el Código Civil no les hacía conocer la existencia de la cesión; estaban, pues, inducidos al error y en-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 15). Informe de la comisión del Senado (Parent, p. 401).

2 Cloes, *Comentario*, t. I, p. 100, núm. 191.

gañados cuando, en fe de una inscripción hipotecaria, trataban con el acreedor aparente después que había dejado de ser propietario del crédito. La publicidad establecida por la nueva ley también les aprovecha. Sin embargo, no están mencionados en los informes de las comisiones y los autores no hablan de ellos. Más adelante diremos las dificultades á que la ley da lugar en lo relativo á los acreedores.

236. El art. 5 prescribe la publicidad no sólo para la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario sino también para la subrogación de un derecho semejante. Hay diferencias esenciales entre la subrogación y la cesión; las hemos señalado en el título *De las Obligaciones*. Estas diferencias son extrañas á los terceros. El subrogado ejerce los privilegios é hipotecas ligados al crédito tanto como al cesionario, y la subrogación se presta más al fraude que la cesión; el legislador lo ha previsto; esta es la razón de las condiciones rigurosas que exige para la subrogación consentida por el deudor. Pero por un olvido inexplicable el Código Civil ni siquiera exige que el subrogado notifique la subrogación al deudor. Esto prueba cuán extrañas son á los autores del Código Napoleón las ideas de publicidad. La nueva ley tiene razón para poner la subrogación en la misma línea que la cesión, puesto que produce los mismos efectos con relación á los terceros.

El artículo 5 da lugar á una dificultad. Se pregunta si recibe su aplicación á la subrogación legal. La jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa. (1) Al primer golpe de vista el texto parece decidir la cuestión; la ley habla de la subrogación en términos generales; comprende, pues, los dos casos de subrogación: la legal y la

1 Bruselas, 22 de Febrero de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 97). Compárese, Donegada, 8 de Mayo de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 260) y Bruselas, 2 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 89).

convencional; ¿y no es de principio que cuando la ley no distingue no se permite introducir distinciones? El argumento sería decisivo bajo el punto de vista de la publicidad si no hubiera una diferencia entre las dos subrogaciones. La publicidad prescrita por la Ley Hipotecaria supone que hay una *acta* pasada por las partes y que debe hacerse pública. Cuando se trata la transcripción esto es cierto; el conservador no puede copiar una acta que no existe; hé aquí por qué no há lugar á la transcripción cuando la transmisión de la propiedad se opera en virtud de la ley (número 36). ¿No se debe decir otro tanto de la transmisión de un derecho real inmobiliario? Ambos casos son tan idénticos que, lógicamente, la cesión de un crédito hipotecario ó privilegiado debería haberse transcripto (núm. 239). Luego se debe aplicar á la subrogación legal lo que dijimos de la transmisión de la propiedad por la ley.

La doctrina consagrada por la jurisprudencia levanta todavía otra duda. ¿Cómo se hace la publicidad cuando no hay acta que copiar ó inscribir? Es la subrogación la que se debería hacer pública, lo mismo que la cesión. Pero ésta siempre es convencional; lo que la ley dice de las cesiones supone que hay una convención (arts. 84 y 83, 3^o); se puede aplicar la ley á la subrogación convencional, pero extendiéndola á la legal se extiende la ley á un caso que no prevee. ¿No es esto hacer la ley? Esta es nuestra opinión.

La ley habría podido y debido organizar una publicidad para la subrogación legal, como lo hizo con la hipoteca legal, pero no lo ha hecho. Este es un vacío; no creemos que corresponda al intérprete llenarlo; en efecto, el intérprete no puede crear formas y sancionarlas en caso de necesidad, bajo pena de nulidad.

237. Hay actos análogos á la cesión y á la subrogación. ¿Se debe aplicar el art. 5.º? Se debe decir de la inscripción lo que dijimos de la transcripción: sólo la ley puede

ordenar la publicidad de una acta; no hay, pues, publicidad legal sin ley. Para que una acta deba hacerse pública por vía de inscripción se necesita que equivalga á una cesión ó á una subrogación. Tal es la donación en pago; siempre se la ha asimilado á una venta; aunque tenga alguna diferencia no se relaciona con los terceros; si, pues, un crédito privilegiado ó hipotecario fué dado en pago el acta debe ser inscripta para que se pueda oponer á los terceros.

Sucede lo mismo con la delegación que el deudor consiente á su acreedor para liberarse cuando es un crédito privilegiado ó hipotecario que está delego. Si el crédito delegado lo recibió en pago el acreedor la operación constituye una donación en pago; luego una venta; y, por tanto, no há lugar á inscribir el acta conforme al art. 5. Lo que no es extender la ley sino aplicarla.

¿Qué se debe decir de la cesión que el acreedor hace de la hipoteca ó del privilegio sin ceder el crédito principal? Hay una primera dificultad: ¿semejante cesión es válida? Examinaremos la cuestión al tratar de los privilegios é hipotecas. Si se admite la validez de la cesión se debe admitir también que esté sometida á la inscripción. En efecto, ¿por qué la ley prescribe la publicidad de los créditos privilegiados ó hipotecarios? Es precisamente en razón del privilegio ó de la hipoteca por lo que los garantiza; en realidad es la transmisión de un derecho real la que se hace pública; desde luego debe también estar inscripta cuando se hace separadamente; es entonces una acta translativa de un derecho real inmobiliario; la ley somete esta transmisión á la publicidad, sea por vía de transcripción ó de inscripción. El espíritu de la ley no deja duda sobre la necesidad de la publicidad. (1).

238. La ley de 15 de Agosto de 1854 (art. 5) dice que el

1 Véanse, acerca de todos estos puntos, Martou, *Comentario*, t. I, p. 190, número 174.

embargo de una renta privilegiada ó hipotecaria no se puede oponer á los terceros si no está hecha, al margen de la inscripción, mención de la fecha del embargo, con indicaciones de nombres, apellidos, profesiones y domicilios del embargante y embargado. Esta disposición llena un vacío de la Ley Hipotecaria. Se ha dicho, con razón, que si la cesión voluntaria de un crédito se debe hacer pública para evitar un fraude debe serlo igualmente, y con mayor razón, la desposesión que es una consecuencia del embargo; es raro que el que cede revenda una segunda vez el crédito del que dejó de ser propietario; mientras que el acreedor embargado podría estar tentado de vender el crédito cuyo título conserva, con el fin de procurarse recursos. (1) Pero importa observar que la ley de 1854 tiene un objeto especial: el embargo de rentas constituidas sobre particulares; no se aplica á los demás acreedores; el vacío que señalamos subsiste, pues; luego las constituciones de rentas son día á día más raras.

Núm. 2. Formas de la publicidad.

239. La publicidad se hace por vía de inscripción. Como la cesión es una venta y ésta debe publicarse por razón del derecho inmobiliario que comprende hay identidad perfecta entre la cesión del art. 5 y el acta translativa de propiedad del art. 1.º; luego lógicamente la cesión debiera transcribirse como se transcribe la venta de un inmueble. Los trabajos preparatorios no nos dan la razón por la que la ley se ha contentado con una inscripción cuando se trata de privilegios y de hipotecas mientras que exige la transcripción para todos los demás derechos reales inmobiliarios. Quizá sea porque la única cosa que interese á los

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 195, núm. 177.

terceros en materia de cesión es el hecho de la transmisión del crédito.

240. La formalidad de la publicidad difiere según que el crédito cedido fué ó no transcripto. Ordinariamente los privilegios é hipotecas serán incriptos, puesto que no se hacen eficaces más que por la inscripción. En este caso se hace al margen de la inscripción una mención de la fecha y de la naturaleza del título del cesionario con indicación de los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de las partes.

Para operar esta inscripción las partes deben presentar al conservador el testimonio auténtico del acta y dos extractos timbrados conteniendo las indicaciones exigidas por el art. 5. El conservador entrega al requirente uno de los extractos, en el que certifica que la mención ha sido hecha. Al tratar de la publicidad de las hipotecas diremos por qué el conservador conserva el otro extracto.

El art. 5 parece también exigir otra formalidad; dice que el conservador indicará al pie del *bordereau* el cambio operado en sus registros; es decir, la inscripción de la cesión. ¿Cuál es este *bordereau*? Las opiniones difieren. Hé aquí la explicación de Martou; es la más natural. El cedente, al tomar inscripción de la hipoteca, debió presentar dos *bordereaux* al conservador; éste entrega al que inscribe uno de estos *bordereaux*, al pie del cual certifica haber hecho la inscripción (art. 84). Cuando la cesión del crédito el acreedor debe entregar este *bordereau* al cesionario, puesto que es una garantía para el propietario del crédito incripto; es en aquel *bordereau* en el que el conservador indica que el crédito cambió de titular. Es verdad que así interpretado el art. 5 hace doble empleo con el art. 84, pero esto se comprende; cuando la adopción del art. 5 no se sabía aún cómo se haría la inscripción de la cesión y más tarde el legislador se olvidó de modificar este artículo. (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 201, núm. 187. Compárese, en sentido diver-

241. Se entiende que las formalidades son las mismas para la subrogación de un crédito privilegiado ó hipotecario cuando el acreedor inscribió. El conservador en este caso hace mención de la subrogación ó del acta equivalente (núm. 237).

242. ¿Cómo se hace la publicidad cuando el privilegio ó la hipoteca no han sido transcriptos? El cesionario ó el subrogado en este caso deben tomar inscripción en su propio nombre, en virtud del acta de cesión ó de subrogación. El artículo 5, bastante mal redactado, lo dice implícitamente; la ley se limita á exigir para esta inscripción que el acta presentada al conservador esté redactada en la forma auténtica.

243. La autenticidad de las actas en las que se hace, ya sea la transcripción ó la inscripción, es una condición generalmente requerida por la nueva ley; el art. 5 prescribe terminantemente que se haga la publicidad por vía de mención ó por inscripción. Ya hemos dicho más atrás cuáles son los motivos por los que la ley no admite á la transcripción las actas privadas que contienen una convención translativa de derechos reales inmobiliarios (núm. 124). El relator de la comisión de la Cámara de Diputados hizo valer las mismas consideraciones en apoyo del art. 5; (1) creemos inútil reproducirlas.

Hay un ligera dificultad en lo que se refiere á los poderes; el art. 5 no reproduce la disposición del art. 2, según la cual los poderes relativos á los derechos reales inmobiliarios deben darse en la forma auténtica; y como en materia de publicidad todo es de estricta interpretación se podría inducir del silencio de la ley que los poderes permanecen bajo el imperio del derecho común del art. 1985,

so, Casier, *Estudios*, p. 92, núm. 95. Cloez, *Comentario*, t. I, p. 111, núm. 211 y siguientes. Delebecque, *Comentario*, p. 74, núm. 72.

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 118).

según el cual el mandato puede darse por acta privada. Esto sería razonar muy mal. Cuando la ley exige la autenticidad para una convención la exige por esto mismo para todos los elementos esenciales de esta convención; ¿y hay elemento más esencial que el consentimiento dado por vía de poder? Inútil es insistir; trasladamos al testimonio de Merlin que hemos ya relatado (núm. 130). (1)

Núm. 3. Consecuencia de la falta de publicidad.

244. Según el art. 5 la cesión no publicada no puede ser opuesta á los terceros. Esto es la reproducción del principio establecido por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Es, pues, necesario aplicar el art. 5 á lo que hemos dicho de los terceros en materia de transcripción.

Sin embargo, hay una diferencia de redacción; el artículo 1.º agrega una condición para que los terceros puedan prevalecerse de la falta de transcripción: es necesario que hayan contratado *sin fraude*. Esta condición no está expresada en el art. 5. ¿Se debe concluir que los terceros que han tratado con el cedente teniendo conocimiento de la cesión, aunque no transcripta, podrán, no obstante, oponer la falta de publicidad legal? Esta es la misma cuestión que hemos examinado acerca del art. 4 (núm. 234), y la solución debe ser la misma. En el espíritu de la ley el tercero que contrata con conocimiento de que el acta no está publicada comete un fraude; se le puede, pues, rechazar con la excepción de dolo. Esto ni siquiera nos parece dudoso en lo que se refiere á la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario. Es una acta idéntica á las translativas de propiedad inmobiliar de que habla el artículo 1.º ¿Cómo pudiera haber decisiones diferentes para dos casos idénticos? Compro un inmueble, una servidum-

1 Martou, *Comentario*, t. I, 197, núm. 181. Casier, *Estudios*, p. 87, núm. 89. En sentido contrario, Cloes, *Comentario*, t. I, p. 110, núm. 208.

bre; sé que mi vendedor no es ya propietario, la ley decide que contraté con fraude. Compro un crédito hipotecario, luego, indudablemente, un derecho real inmobiliario. ¡Sabiendo que el cedente ha vendido ya el crédito y la ley había de decidir que traté de buena fe! Es imposible que el legislador diga en el art. 5 lo contrario de lo que dijo en el artículo 1.º

Se objeta que esto es introducir en la ley una distinción que no está en ella y que muchas veces hemos dicho que el intérprete no debe distinguir cuando la ley no distingue. Nó, no distinguimos; aplicamos el principio del que el artículo 1.º consagra una aplicación á un caso idéntico; lo que el intérprete tiene el derecho y la obligación de hacer. Si, como se pretende, se tratara de una excepción la solución sin duda tendría que ser diferente. Ya hemos contestado á esta nueva objeción; libre está el intérprete para considerar la disposición del art. 1.º como una derogación de los verdaderos principios; se trata, en nuestro debate, de saber si el legislador ha hecho del *fraude* una excepción; y presentar la cuestión es resolverla.

Se invoca también el Código Civil contra la interpretación que damos á la Ley Hipotecaria. El acreedor que estipula una hipoteca sabiendo que hay otra anterior no inscrita puede, no obstante, prevalecerse de la falta de transcripción. Volveremos á esta cuestión en el capítulo *De las Hipotecas*. Suponemos que se deba decidirla en favor del acreedor en virtud del Código Civil; esto no probaría que el legislador belga entendió decir en el art. 5 lo contrario de lo que dijo en el art. 1.º Para él el conocimiento que tiene el tercero del acta no publicada no constituye un fraude y engendra la excepción de dolo. Este es el principio de la Ley Hipotecaria; y es según este principio como debe interpretarse y no conforme al principio contrario del Código Civil.

245. La aplicación del art. 5 suscita grandes dificultades que proceden de la combinación de esta disposición con la del art. 1690. Hay que ver ante todo si el cesionario debe llenar á la vez la formalidad de la notificación ó de la aceptación prescripta por el Código Civil y la formalidad de la inscripción exigida por la Ley Hipotecaria. En otros términos, ¿deroga la nueva ley la ley antigua?

M. Lelièvre en su informe contesta: «Queda entendido que el art. 5 no deroga *de ningún modo* el art. 1690 y la notificación que esta disposición prescribe para la posesión respecto á los terceros. La formalidad nunca deja subsistir *por entero* lo que acabamos de recordar.» M. d'Anthán dice en su informe al Senado: «En cuanto al art. 1690 la comisión adopta la opinión emitida en el informe hecho á la Cámara de Diputados: que no se derogue este artículo.» Los autores (1) y la Corte de Gante (2) se han pronunciado en el mismo sentido, invocando la opinión de las dos comisiones que acabamos de transcribir.

¿No es muy absoluta esta opinión? Conste desde luego que sólo es una autoridad doctrinal muy grande, sin duda por razón de la parte que ambos relatores de las cámaras han tomado en los trabajos preparatorios; pero sólo es una autoridad de razón que se puede discutir.

En principio ambos relatores tienen razón. El legislador belga sólo ha reemplazado el título *De las Hipotecas* con una nueva ley, no entendió derogar el Código Civil en las otras materias. Sin embargo, esto no es verdad de un modo absoluto, como lo hemos hecho notar al comenzar la explicación de la nueva ley (núms. 2-32). Hay disposiciones de la Ley Hipotecaria que derogan el Código Civil: la abrogación es tácita; hemos dado un notable ejemplo de ella al

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 384). D'Anthán, informe (Parent, p. 401).

2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 196, núm. 179. Cloes, *Comentario*, t. I, página 115, núms. 219 y 220).

tratar de la transcripción de las donaciones (núms. 44-47). La cuestión es, pues, la siguiente: ¿El art. 5 ha derogado tácitamente el art. 1690? Hay abrogación tácita de una ley antigua por una ley nueva cuando hay incompatibilidad entre ambas leyes; es decir, cuando no pueden ser ejecutadas simultáneamente. Y, se dice, nada impide al cesionario llenar á la vez la formalidad del art. 5 de la Ley Hipotecaria y la del art. 1690 del Código Civil. Sin duda el cesionario puede notificar su acta al deudor y hacerla inscribir por el conservador de las hipotecas; una de estas formalidades no excluye á la otra materialmente; esto es evidente, puesto que las formalidades difieren. Pero puede haber incompatibilidad jurídica en el sentido de que el legislador cambia sistema y reemplaza una formalidad reconocida por insuficiente con una nueva formalidad más eficaz; en este caso hay una razón de derecho que se opone á que se cumpla, bajo el imperio de la nueva ley, la formalidad insuficiente á la vez que la formalidad más eficaz que la reemplaza. Esta incompatibilidad lógica es tan radical como una incompatibilidad material. En efecto, para juzgar si estas dos disposiciones de diferentes fechas son incompatibles hay que suponer que la primera está reproducida por la segunda y ver después si pueden simultáneamente recibir aplicación. Y se concibe que el legislador diga: «El Código Civil prescribe, en interés de los terceros, una formalidad insuficiente y, por lo tanto, inútil mientras es insuficiente; la reemplazó con una formalidad más eficaz que dará á los terceros la garantía que el Código no les daba. Quiere, no obstante, que la formalidad antigua, aunque insuficiente, inútil, frustratoria, se cumpla concurrentemente con lo que establece.» Semejante lenguaje no tendría sentido. Concluimos que si el legislador organiza un nuevo sistema de publicidad en interés de los terceros las disposiciones que la ley antigua contenía en favor de los terceros están abrogadas por la nueva ley en tanto

que son insuficientes é inútiles, y que no se debe mantener la ley antigua si no en tanto que tiene razón de ser dentro de los límites en que puede ser útil. La cuestión que hemos sentado no puede ser resuelta en términos tan absolutos como lo hicieron los relatores de ambas cámaras. Hay que ver en favor de quién la ley antigua y la ley nueva han establecido las formalidades que tienen por objeto garantizar el interés de los terceros. Mantendremos la formalidad de la notificación en el caso en que, apesar de la formalidad nueva de la inscripción, tiene razón de ser; diremos que está suprimida cuando en presencia de la inscripción no tiene ya razón de ser.

246. Recordemos, desde luego, lo que ya hemos dicho: que la Ley Hipotecaria no prescribe la publicidad más que para la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios; luego el Código Civil rige exclusivamente la cesión de los créditos que no están garantizados por una hipoteca ni por un privilegio. Y cuando hablamos de privilegios se entiende que se trata de privilegios inmobiliarios, pues la Ley Hipotecaria no se ocupa de los derechos muebles, salvo por excepción. Así el art. 1.º ordena la publicidad de los arrendamientos aunque el arrendamiento no dé al arrendatario más que un derecho de crédito; es decir, un derecho mueble. Pero el art. 5, al poner los privilegios en la misma línea que á los acreedores hipotecarios, indica suficientemente que se trata de créditos garantizados por un derecho real inmobiliario. Síguese de esto que el mayor número de créditos permanece bajo el imperio del Código Civil; en este caso es verdad decir, con las comisiones de las cámaras, que la nueva ley no deroga el art. 1690.

247. Los relatores entendían sin duda que el art. 1690 quedaba aplicable aun á la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios. También esto es verdad en cierto sentido, pero en nuestro concepto no es verdad de un modo absolu-

to. Esta es la dificultad. El art. 1690 dice que el cesionario no está *poseído* sino por la notificación de la translación hecha al deudor. Y el art. 5 dice que la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario no puede ser *opuesta* á los terceros más que si fué publicada. Las dos disposiciones tienen por objeto garantizar los intereses de los terceros. ¿Quiénes son estos terceros? ¿Es necesario que el cesionario cumpla á la vez las formalidades de los arts. 1690 y 5 para que esté poseído para con *todos los terceros* y para que les pueda oponer su cesión?

La afirmativa no es dudosa en lo relativo al deudor del crédito cedido. No basta que el cesionario inscriba la cesión para estar poseído respecto á él, es necesario que se la notifique. Esto resulta del objeto que el legislador se propuso al ordenar la notificación de la cesión. Cuando un crédito está cedido el deudor cambia de acreedor; ya no puede ceder al cedente, tiene que pagar al cesionario; es, pues, necesario que esté avisado del cambio, y lo debe ser por una acta auténtica para que no pueda pretextar su ignorancia. Por esto es por lo que la ley quiere que la cesión le sea notificada. Una ley posterior somete la cesión á la publicidad al exigir la inscripción en los registros del conservador. ¿Esta formalidad substituye la notificación en lo que se refiere al deudor? Nó, seguramente, puesto que la inscripción no advierte al deudor que cambió al acreedor. No se puede exigir de él que, tantas veces como tenga un pago que hacer, se llegue á la oficina de hipotecas para informarse de si hay una cesión inscrita. En otros términos: la formalidad de la notificación es más eficaz en lo que se refiere al deudor; si no hubiera más terceros que él el legislador no hubiera pensado nunca en ordenar la inscripción de las cesiones de créditos siendo suficiente la notificación. Aun hay más; esta formalidad es más eficaz que la de la inscripción

en lo relativo al deudor. Esto es decisivo; no puede decirse que una formalidad eficaz prescripta por una ley antigua esté reemplazada por una formalidad menos eficaz que prescribe una ley nueva; esto no tendría sentido.

Nuestra conclusión es que el cesionario debe notificar la cesión al deudor. Si se limitara á inscribir la cesión no estaría en posesión con relación al deudor: éste tendría el derecho y la obligación de pagar al cedente. Se debe añadir que si la cesión fué notificada al deudor éste debería pagar al cesionario personalmente sin poder exigir que la cesión fuese además inscrita; ¿con qué objeto inscribir la cesión cuando basta con la notificación? La cuestión se complica cuando hay otro tercero en causa; volveremos á este punto. En tanto que el deudor está en presencia del cesionario solo no puede invocar el art. 5 porque la formalidad de la inscripción no fué requerida para él por la nueva ley. Los relatores de ambas cámaras y los autores dicen que la publicidad tiene por objeto evitar el fraude, y no hay fraude que temer para el deudor; mientras no se le notifique tiene el derecho y la obligación de pagar al cedente, y desde que se le notifica la cesión debe pagar al cesionario; la formalidad del art. 1690 garantiza, pues, plenamente sus intereses.

248. También son terceros aquellos á los que el acreedor hubiera cedido el crédito después de haberlo vendido á un primer cesionario. En este caso hay fraude con relación al segundo ó subsecuente cesionario. Fué para evitar este fraude por lo que la ley prescribió la publicidad de la cesión. Si el primer cesionario inscribe la cesión el fraude se hace imposible porque los terceros que quieran comprar un crédito no dejarán de informarse en la notaría de hipotecas si hay alguna cesión inscrita. Si el primer cesionario no la inscribe podrá ser víctima del fraude en el caso en que el acreedor cediera el crédito á un segundo cesionario que hiciera la inscripción de la cesión; pero el primer cesionario

tendría que reprocharse su descuido y se le contestaría: *Jura vigilantibus scripta*. Se supone que un mismo crédito fué cedido á dos cesionarios: ¿cuál de los dos será propietario del crédito y á quién debe pagarle? Aquí nace el conflicto de los diversos intereses; los dos cesionarios, el deudor y el acreedor mismo, están en causa. Con relación al acreedor la cuestión es muy sencilla. Cesa de ser propietario del crédito desde el momento que hace la cesión; al vender el mismo crédito á un segundo cesionario vende un crédito que ya no le pertenece. Esto supone que el primer cesionario ha inscrito la cesión; en este caso el que cede será garante del segundo cesionario. Si el primer cesionario no ha inscrito la cesión no puede oponerla al segundo, conforme al art. 5; el que cede queda, pues, propietario del crédito con relación á los terceros; por tanto, transfiere la propiedad del crédito al segundo cesionario y será garante respecto del primero en el sentido de que responde de los daños y perjuicios que resultan de su dolo. Si ninguno de los dos cesionarios hubiera inscrito el acreedor sería siempre propietario del crédito con relación á los terceros. ¿Pero entre ellos se deberá comprender al deudor? Acabamos de decir (núm. 247) que las relaciones del cesionario con el deudor quedan sometidas á la regla establecida por el Código Civil; sucede lo mismo con las relaciones del acreedor con el deudor; en tanto que no se haga la notificación al deudor éste puede y debe pagar al cedente, aun cuando hubiera una cesión inscrita. El que cede tiene, pues, acción contra el deudor, apesar de la inscripción, mientras ninguno de los cesionarios haya notificado su cesión.

249. El conflicto de los cesionarios y del deudor es más difícil de arreglar. Un primer punto es cierto, conforme á lo que acabamos de decir: es que el cesionario, para estar en posesión respecto al deudor, debe notificar su cesión y debe hacerla inscribir para poder oponerla á los terceros cesio-

narios; debe, pues, llenar á la vez la formalidad del artículo 1690 y la del art. 5. Acerca de este punto los relatores de las dos cámaras tienen razón: la nueva ley no abroga el Código Civil. Pero la aplicación del principio no deja de tener dificultades.

El cesionario está en posesión para con el deudor, no por la inscripción sino por la notificación. Si, pues, el primer cesionario había inscripto la cesión sin notificarla y que el segundo la hubiera notificado sin inscribirla el segundo estaría en posesión respecto al deudor; éste debería pagar al segundo cesionario, puesto que ignora legalmente la existencia de la primera cesión, aunque estuviera inscripta. El pago liberaría al deudor, salvo el recurso del primer cesionario que, habiendo inscripto su cesión, es propietario del crédito no sólo con relación al cedente sino también con relación al segundo cesionario. Hay un recurso contra el cedente culpable de dolo y responsable de las consecuencias del fraude. ¿Tiene un recurso contra el segundo cesionario que ha percibido el monto del crédito? Sí, porque con relación al segundo cesionario es el primero el propietario del crédito; el segundo ha recibido el monto de un crédito que pertenecía al primero; se le debe, pues. En vano el segundo cesionario diría que estando en posesión respecto al deudor por la notificación lo está por esto mismo con relación á los terceros (art. 1690) y, por consiguiente, con relación á un primer cesionario que no ha inscripto. Esto era verdad bajo el imperio del Código Civil, pero no bajo el de la Ley Hipotecaria. Ambas leyes deben recibir simultáneamente su aplicación. Respecto al deudor el segundo cesionario está en posesión por la notificación; lo que quiere decir que el deudor se libera pagándole; pero el segundo cesionario no está en posesión con relación á un tercer cesionario del crédito por el único efecto de la notificación; para ser propietario del crédito se debe inscribir su cesión,

y es el primer cesionario quien la ha inscripto, luego es el primero quien es propietario con relación al segundo.

250. Hemos supuesto que uno de los cesionarios había notificado y que el otro había inscripto. Si uno y otro hubieran inscripto el primero que lo hubiera hecho será el propietario. En cuanto á sus relaciones con el deudor las rige en principio la notificación. Si solamente uno de ellos ha notificado y si el deudor ha pagado se cae en la hipótesis que acabamos de examinar. ¿Qué se debe decidir si ambos cesionarios han notificado su cesión en diferentes fechas? ¿A cuál de los dos deberá pagar? No se puede ya contestar que al que notificó primero; esto es verdad cuando el deudor ignora la segunda cesión, pero en la especie la doble notificación le ha hecho conocer que hay dos cesiones; no hay, sin embargo, más que un solo propietario, y es al propietario del crédito al que se debe hacer el pago. Se debe concluir que la inscripción prevalecerá á la notificación; es decir, que en el conflicto de las dos cesiones el deudor deberá pagar al cesionario que pruebe su propiedad, y la propiedad se prueba por la inscripción; siendo para asegurar la propiedad por lo que la Ley Hipotecaria introdujo la publicidad; debe, pues, aprovechar al que primero haya llenado la formalidad prescripta para ser propietario con respecto á los terceros.

Puede suscitarse otra dificultad entre los dos cesionarios. Han inscripto el mismo día: ¿cuál será propietario? La cuestión es saber si se debe aplicar el art. 123. Nos parece que la afirmativa resulta del texto y del espíritu de la ley. El texto dice: "Si varios títulos sometidos á la publicidad se han presentado el mismo día en la conservación de hipotecas la preferencia se determina según el número de orden bajo el cual la remesa de los títulos se hubiera mencionado en el registro destinado á este efecto, sin perjuicio, no obstante, de lo prescripto por el art. 81." De esta manera la ley es-

tablece una regla y una excepción. La regla se aplica á todos los *títulos sometidos á la publicidad*, luego también al acta de cesión, que, conforme al art. 5, debe hacerse pública. En cuanto á la excepción sólo se refiere á las *inscripciones hipotecarias*, es extraña al art. 5; la publicidad establecida por este artículo, no estando comprendida en la excepción, cae, por lo mismo, en la regla. Tal es también el espíritu de la ley. ¿Qué se ha dicho para justificar la disposición del art. 123? Que dos adquirentes no pueden ser propietarios de la misma cosa por el todo; el motivo se aplica á la propiedad de un crédito tanto como á la de un inmueble. (1)

251. Llegamos á esta conclusión: que en el caso de una cesión hecha á varios cesionarios los arts. 1690 del Código Civil y 5 de la Ley Hipotecaria son uno y otro aplicables, pero distinguiendo las relaciones de los cesionarios entre sí y las con el deudor. Se trata entre los cesionarios del punto de saber cuál de ellos es el propietario del crédito, siendo el art. 5 el que decide la cuestión. Si se trata de saber á quién debe pagar el deudor se debe aplicar el art. 1690. ¿Se dirá que esto sería dividir arbitrariamente las dos leyes ó sólo aplicar la última? La objeción no tendría en cuenta la naturaleza y efectos de la abrogación tácita. Cuando dos leyes tienen un solo y mismo objeto y que la última no abroga expresamente á la primera ambas quedan aplicables en tanto que es posible su aplicación simultánea. La derogación puede, pues, ser parcial. Y es precisamente esta derogación la que resulta de las diferentes formalidades que el legislador ha establecido en favor de los terceros; desde luego por el Código Civil, despues por la Ley Hipotecaria. La notificación que posesiona al cesionario con relación á los terceros conforme al art. 1690 da conocimiento directa y auténticamente al deudor; con relación á él la

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 209, núm. 194.

inscripción no tiene razón de ser; luego no se la debe tener en cuenta cuando se trata de la validez del pago hecho por el deudor; válidamente se libera al que ha notificado su cesión; es decir, el acta por la que ha llegado á ser propietario del crédito. Sucede de otra manera con la inscripción de la cesión acerca de los registros del conservador de hipotecas. Esta es una innovación introducida por la Ley Hipotecaria. ¿Cuál es su objeto? Los relatores de las dos cámaras contestan que la publicidad de la cesión tiene por objeto evitar el fraude que perjudica á los terceros. Esto sólo se relaciona á los cesionarios; es, pues, entre ellos entre los que debe producir su efecto la inscripción de la cesión ó la falta de ella; por consiguiente, es el art. 5 el que decide cuál de los cesionarios es propietario del crédito; el artículo 1690 es extraño al asunto. Bajo el imperio del Código Civil; es verdad, el cesionario que hubiera notificado su cesión al deudor estaba en posesión con respecto al segundo cesionario, pero siendo la notificación una acta pública la cesión quedaría clandestina y esta clandestinidad se prestaría al fraude; hé aquí por qué la Ley Hipotecaria ha prescripto la publicidad de la cesión; la inscripción tiene por objeto resguardar el interés de los cesionarios que la clandestinidad comprometía. De aquí se sigue que el art. 1690 no puede ser invocado para determinar la cuestión de propiedad. Sería soberanamente absurdo decir que la notificación es necesaria para que un cesionario sea propietario respecto al otro cuando esta notificación se ha considerado por el nuevo legislador como una formalidad ineficaz; ¿qué digo? comprometedor por razón de su clandestinidad. Se comprendería á un legislador que dijera: «El Código Napoleón da posesión á los cesionarios, con respecto á los terceros, por la notificación; esta formalidad no da conocimiento á los terceros cesionarios de la existencia de la cesión; compromete sus intereses. Hé aquí por qué quiero que la cesión sea

inscripta. Sin embargo, entiendo que los cesionarios hagan, además de la cesión, la notificación; es decir, que llenen á la vez una formalidad útil y una inútil, una formalidad eficaz y una ineficaz, una que garantiza los intereses de los terceros y una que no los garantiza. Semejante lenguaje sería el ideal del absurdo si hubiera un ideal en lo absurdo.

252. Nuestra interpretación no es la de los autores que han comentado la Ley Hipotecaria. Martou sienta en principio que la cesión no es eficaz con respecto á los terceros más que por el cumplimiento de las dos formalidades prescritas por el Código Civil y por la Ley Hipotecaria. Y concluye que el cesionario que haya llenado las dos obtendrá la preferencia; es decir, será propietario del crédito con relación á los terceros, sin que se le deba tomar en consideración cuál de las dos formalidades llenó primero. Se da este ejemplo. Hoy cedo un crédito á Pedro, el que notifica la cesión al deudor. Mañana cedo el mismo crédito á Pablo, el que hace inscribir la cesión. Posteriormente Pedro, primer cesionario, requiere también la inscripción de su cesión. Es Pedro el que será propietario del crédito con relación á todos, aun respecto de Pablo, aunque éste haya inscripto primero la cesión. (1)

No admitimos ni el principio ni su consecuencia. Decir que el cesionario, para estar en posesión respecto de un segundo cesionario, no sólo debe tomar inscripción sino también notificar la cesión es precisamente hacer decir al legislador el absurdo que acabamos de indicar. En vano se invocaría la autoridad de las dos comisiones. Todo lo que dicen los relatores es que el art. 1690 del Código Civil no está abrogado por el art. 5 de la Ley Hipotecaria. Esto es verdad y lo admitimos en el límite de la abrogación tácita. La notificación prescrita por el art. 1690 debe hacerse para que el cesionario esté en posesión respecto al deudor;

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 208, núm. 193.

en este sentido la nueva ley mantiene el Código Civil. Además el cesionario debe hacer inscribir la cesión para que la pueda oponer á un segundo cesionario, en el sentido de que ambas leyes se aplican simultáneamente. Pero cuando surge el conflicto entre dos cesionarios acerca del punto de saber cual de los dos es propietario del crédito dijimos que exclusivamente la nueva ley es la que debe decidir el litigio; de modo que en el ejemplo que tomamos de los intérpretes Pablo, el segundo cesionario, será propietario con relación del primer cesionario porque inscribió antes que él aunque no hubiera notificado su cesión, mientras que el primero hizo la notificación. Nuestra interpretación mantiene las dos leyes y las aplica una y otra, pero en los puntos en los que esta aplicación es útil y eficaz y que tiene, por consiguiente, una razón de ser. Si el deudor paga á Pedro, primer cesionario, que ha notificado su cesión el pago será válido, el deudor está liberado. Hé aquí zanjado el debate en lo relativo al deudor. En cuanto á las dificultades entre los dos cesionarios están decididas por el art. 5. Esta disposición tiene por objeto resguardar el interés de los terceros que el art. 1690 comprometía. Luego el cesionario que primero hizo inscribir debe prevalecer al otro cesionario, si no estaría engañado; confiándose á la publicidad prescrita por la nueva ley ha debido creerse propietario del crédito; es cierto que queda propietario con relación á los terceros; luego cediendo de nuevo el crédito antes que se le haga la inscripción de la primera cesión cede un crédito que le pertenece aun con respecto á los terceros. Por tanto, la segunda cesión es válida respecto al primer cesionario y el segundo debe tener el derecho de prevalecerse de la falta de publicidad de la primera cesión, puesto que se estableció la publicidad en su interés. ¿Se le objetará que no ha notificado su crédito mientras que el primer cesionario sí ha hecho

p. de D. TOMO XXIX—41

la notificación? Contestará, y la respuesta nos parece decisiva: «No se trata de saber si el deudor puede y debe pagar al cesionario que le ha notificado la cesión; convengo que no habiendo notificación no puedo obligarlo á pagarme aun cuando la primera cesión le haya sido notificada: no ataco el pago hecho, el deudor está fuera de causa. Pero sostengo que habiendo inscripto el primero he llegado á ser propietario del crédito con relación al cesionario que no hubiera inscripto su cesión; éste, legalmente advertido de la cesión por la publicidad, no podía ya inscribir su cesión en perjuicio del derecho que adquirí. Si lo pudiera yo estaría engañado por la clandestinidad de la notificación que hizo; y ¿se concibe que bajo el imperio de una ley que proclama la publicidad como un resguardo de los terceros esté yo inducido al error por la clandestinidad de una acta prescripta por el Código Civil? Esto sería imputar al legislador una inconsecuencia que no se le debe suponer porque no se puede admitir que la clandestinidad del Código Civil perjudique á los terceros bajo el imperio de una ley de publicidad que ha corregido los vicios del Código Civil. ¿Qué importa, pues, que el primer cesionario haya notificado su cesión? La nueva ley le ponía en conocimiento que debía hacer su cesión pública para poderla oponer á los terceros. No lo ha hecho, luego no puede prevalecerse de su descuido contra mí, cesionario subsecuente, es verdad, pero que he inscripto en el momento en que los registros del conservador me daban á conocer que no había cesión inscripta; luego debí tratar con toda confianza con el acreedor, y un primer cesionario desconocido cuando la inscripción de mi cesión no puede oponerme su cesión, aunque notificada, porque esta notificación no tenía yo ningún medio para conocerla.»

253. Se presenta aún una dificultad en esta difícil materia. El cesionario de un crédito hipotecario hace inscribir la

cesión sin notificarla; posteriormente á la inscripción los acreedores del cedente embargan el crédito. ¿El cesionario puede formar oposición al embargo diciendo que el crédito no está ya en el patrimonio del deudor á quien pertenecía, y que, por tanto, sus acreedores no pueden ya embargarlo? ¿O pueden los acreedores rechazar al cesionario diciendo que, respecto á ellos, la cesión no tiene efecto, puesto que el cesionario no cumplió con la formalidad de la notificación? Lo que acabamos de decir (núm. 251) prejuzga la solución de la cuestión, en nuestro concepto. Los acreedores del cedente no pueden embargar el crédito que cedió más que si, cuando el embargo, se encuentra aún en su patrimonio; y por la cesión salió de su patrimonio para entrar en el del cesionario. Este se volvió propietario del crédito para con los terceros, independientemente de toda notificación de la cesión al deudor; desde luego el embargo practicado por los acreedores del cedente es inoperante; embargan un crédito que no pertenecía ya á su deudor; el derecho de prenda en virtud del que obran está extinguido por la cesión que el deudor ha hecho, á condición de que esta cesión les pueda ser opuesta, y el art. 5 de la Ley Hipotecaria dice que la cesión inscripta puede serles opuesta.

¿Se objetará que para con el deudor el cesionario no esté poseído porque no notificó la cesión? Contestamos que no se trata de las relaciones del acreedor con el deudor, se trata de un conflicto entre el cesionario y el acreedor embargante. El acreedor que embarga el crédito cedido pretende que este crédito está aún en el dominio de su deudor, que lo cedió; mientras que el cesionario sostiene que el crédito no está ya en el dominio del deudor. ¿Es la notificación ó la inscripción la que decide si el cedente ha dejado de ser propietario y si el cesionario se convirtió en él para con los terceros? La notificación sólo tiene un objeto: es que el deudor puede y debe pagar en manos del cesionario que le

notificó la cesión; es la inscripción la que transmite la propiedad para con los terceros (núm. 251). Luego el cesionario que inscribió es propietario para con los acreedores del cedente; por consiguiente, un crédito que para con él no está ya en el dominio de su patrimonio. Siendo nulo el embargo el deudor tendrá que pagar al cesionario desde que este haya justificado su propiedad produciendo el acta de cesión.

Aquí vuelve á presentarse la objeción tomada en los informes de las dos comisiones; ya hemos contestado en lo relativo al principio, hay que completar la respuesta aplicando nuestro principio, al caso. Los informes dicen que la Ley Hipotecaria no deroga el art. 1690. ¿Quiere esto decir que el cesionario, para ser poseído para con los terceros del cedente, tiene que inscribir la cesión y, además, notificarla al deudor? La Corte de Gante lo sentenció así (1) apoyándose en los términos absolutos del informe de M. Lelièvre. Consta desde luego que se trata de las relaciones del cesionario con los acreedores del cedente, y en los trabajos preparatorios no se dijo una palabra de los acreedores quirografarios; de aquí la duda acerca del punto de saber si estos acreedores pueden prevalecerse de la falta de publicidad. En el caso la cesión fué publicada; desde luego puede ser opuesta á los terceros; por lo tanto, á los acreedores. Esta es la disposición del art. 5. Se pregunta si además de la inscripción es necesaria una notificación bajo el imperio del Código Civil; una notificación era necesaria para posesionar al cesionario para con los terceros del cedente. ¿Esta notificación les daba garantía alguna? Nó; acerca de este punto todos están acordados; la notificación permanecía secreta; por consiguiente, no advertía á los acreedores que el crédito estaba cedido y que no se encontraba ya en el patrimonio del cedente; subsistiendo la inscripción hipotecaria en favor del ce-

1 Gante, 27 de Noviembre de 1863 (Pasicrisia, 1864, 2, 311).

dente debían creer que el cedente no había cambiado de dueño. Cuando embargaban el crédito bastaba probar que la cesión había sido notificada al deudor para hacer caer el embargo. En definitiva, la notificación era una formalidad inútil, ineficaz para con los acreedores del cedente. La única garantía que pueden tener es la publicidad de la cesión. Por esto se reconoce que la formalidad prescrita por el Código Civil era ineficaz y, por tanto, inútil para los acreedores del cedente, mientras que la formalidad establecida por la Ley Hipotecaria les da la única garantía que los acreedores quirografarios pueden tener; lo que resulta de la publicidad. Hémos aquí de nuevo en presencia de dos leyes, de las cuales la última suple la insuficiencia de la primera; ¿no es esta una razón determinante para decidir que la ley antigua queda abrogada por la nueva? ¡Y qué! el art. 1690 prescribe la notificación en interés de los terceros, y sucede que esta formalidad es enteramente insuficiente para resguardar sus intereses; el legislador establece una formalidad nueva que les da la garantía que el Código Civil no les daba; y, no obstante, el legislador nuevo diría que además de la formalidad eficaz los cesionarios tienen que cumplir con la formalidad ineficaz, formalidad que ya no tiene razón de ser con la nueva ley! Esto hace decir al legislador un absurdo. Si el legislador hubiera consagrado este absurdo el intérprete tendría que respetar la ley, aunque absurda; pero es más que probable que los relatores de ambas cámaras, al decir que el art. 1690 estaba mantenido, no han pensado en los acreedores quirografarios, de los que no se trataba. Sus palabras no tienen el sentido absoluto que parecen tener. En todo caso hay que interpretar los informes de modo que no se haga decir á la ley una cosa absurda, considerando como obligatoria una formalidad que, bajo el imperio de la publicidad, no tiene ya ninguna razón de ser.

Núm. 4. De la acción de declaración de crédito.

254. La ley belga no somete á la publicidad la liberación del deudor que saldó un crédito hipotecario. Hay, sin embargo, un interés para los terceros en saber que las deudas garantizadas por una hipoteca se han extinguido, pues en la ignorancia en que se encuentran que el deudor está liberado pueden creer que el crédito existe todavía; y deben creerlo, puesto que la inscripción hipotecaria subsiste, no pudiendo los deudores la conclusión por causa de los gastos que ocasiona. No estando publicada la liberación del deudor los terceros tratarán con el acreedor de mala fe, quien después de haber recibido su pago cede el crédito extinguido. Así la clandestinidad de la liberación induce á los terceros en error y les es perjudicial. ¿Por qué, pues, el legislador belga no ordenó publicarla? Es porque la necesidad de inscribir la liberación para poder oponerla á los terceros hubiera sido un grande peligro para el deudor, y antes de pensar en los terceros el legislador tenía que resguardar los derechos del deudor. Y si para quedar liberado para con los terceros hubiera tenido que publicar su liberación hé aquí lo que hubiera podido suceder. El acreedor de mala fe hubiera vendido su crédito extinguido antes que el deudor hubiera podido inscribir su liberación, y si el cesionario hubiera inscripto la cesión hubiera sido propietario para con el deudor y éste hubiera tenido que pagar segunda vez. Los autores de la nueva ley han titubeado ante el peligro que amenazaba al deudor como se han detenido ante el peligro que el legatario hubiera corrido si se hubiera prescripto la publicidad de las actas de última voluntad. Pero al cuidar los intereses del deudor la ley tenía que no olvidar los de los terceros que tiene por objeto garantizar. Tal es el objeto del art. 6 que da á los cesionarios la acción de declaración de crédito contra el deudor. Esta acción tiende á comprobar

que el crédito existe y que fué pagado; el cesionario, al aplazar el pago, sabía á qué atenerse y no estará en el caso de pagar el precio de un crédito que ya no existe. (1)

255. El art. 6 de la Ley Hipotecaria dice: «Toda persona contra la que existe una inscripción hipotecaria, tomada por seguridad de un crédito líquido y seguro, podrá, aun antes del vencimiento de la deuda, ser demandada por el cesionario del deudor.» Resulta del texto que la acción de declaración de crédito sólo pertenece *al cesionario*; es decir, que no puede ser formada más que cuando la cesión está cumplida. Como la acción tiene por objeto comprobar la existencia del crédito se podría creer que la ley debería darla al tercero que se propone comprar un crédito con el fin de que no compre un crédito que no existe. Pero el legislador no puede conceder una acción á aquel que no tiene interés; y la voluntad de comprar no da ningún interés al tercero. Por otra parte, la ley tuvo que tener en cuenta los derechos del deudor; éste no puede estar obligada á contestar la demanda de cualquiera que, sin derecho actual, viene á inmiscuirse en los negocios. Hay que agregar que la acción posterior á la cesión basta para garantizar los intereses del tercero que compra un crédito; el cesionario puede estipular, en efecto, que sólo pagará el precio cuando la declaración del crédito le haya dado la seguridad de que el crédito existe. (2)

256. El art. 6 no habla más que del *cesionario*. ¿Debe concluirse de esto que el tercero subrogado no tiene acción de declaración de crédito? No, el art. 6 se refiere al artículo precedente, del que es una continuación, y el art. 5 se aplica á toda mutación que se hace en la propiedad de un crédito; si el art. 6 no repite lo que el art. 5 dice de la subrogación es para no embrollar la redacción, que es ya algo

1 Informe de la comisión especial [Parent, p. 14, 10.º].

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 222, núms. 212.

obscura; era además inútil repetir lo que la ley acababa de decir. (1)

257. Hay todavía otra diferencia de redacción entre ambos artículos. El primero habla de la cesión de un crédito *privilegiado ó hipotecario* inscripto, mientras que el segundo parece sólo aplicarse á los créditos *hipotecarios*, puesto que sólo habla de las personas contra las que existe una inscripción *hipotecaria*. A decir verdad no hay expresión especial á los privilegios para marcar la inscripción; la ley trata en un solo y mismo capítulo del modo de *inscripción* de los *privilegios é hipotecas*; las formalidades son idénticas; la expresión *inscripción hipotecaria* comprende, pues, los privilegios tanto como las hipotecas. El espíritu de la ley no deja ninguna duda: el que compra un crédito privilegiado debe poder asegurarse de que existe, tanto como el que compra un crédito hipotecario.

Se podría decir que hay igual razón para permitir al que compra un crédito no privilegiado ni hipotecado para asegurarse de que el crédito existe. Esto es verdad, pero la Ley Hipotecaria no se ocupa de los créditos mobiliarios puramente personales y el legislador no quiso modificar el Código Civil. Hay, pues, que atenerse á los principios generales de derecho según los cuales el cesionario sólo tiene contra el deudor una acción de pago por el crédito cedido, salvo á promover en garantía contra el cedente si el crédito cedido está extinguido.

258. La ley supone que existe contra una persona una inscripción hipotecaria; esta es la base de la acción que el cesionario puede intentar. Si el cedente no tomó inscripción ¿resultará que el cesionario no podrá formar acción de declaración de crédito? Así lo han sostenido fundándose en el texto del art. 6. (2) Creemos que la ley supone sólo que

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 223, núm. 214.

2 Casier, *Estudios*, núm. 106. En sentido contrario, Cloes, *Comentario*, t. I, p. 127, núm. 241 y Martou, *Comentario*, t. I, p. 224, núm. 216.

existe una inscripción hipotecaria, no hace de esta inscripción una condición de la acción. Semejante condición no tendría razón de ser. Si compro un crédito privilegiado ó hipotecario es por razón del privilegio ó de la hipoteca que lo garantizan; y sin inscripción el privilegio é hipoteca son ineficaces. Tengo, pues, grande interés en asegurarme de si el privilegio é hipoteca están inscriptos. Ordinariamente habrá inscripción y las leyes sólo prevén los casos ordinarios. Si no hay inscripción tengo una razón más para asegurarme de la existencia del crédito y de las garantías accesorias que aseguran su pago. Después de todo nada me impide tomar inscripción en mi nombre; el art. 5 me da derecho para ello, y desde que el privilegio é hipoteca están inscriptos me encuentro dentro de los términos de la ley y, por consiguiente, puedo promover en declaración de crédito.

259. La ley dice que el cesionario puede promover la declaración de crédito contra el deudor. No exige terminantemente que la cesión esté inscripta ó notificada. ¿Debe inducirse del silencio de la ley que el cesionario puede promover antes de haber inscripto su cesión ó haberla notificado? Hay que aplicar el principio que resulta del art. 5: una cesión no inscripta no existe para con los terceros; luego el cesionario no puede prevalecerse de ella para promover en justicia contra el deudor; éste contestaría que no se le puede oponer una cesión no inscripta. Se presenta otro caso de duda. El cesionario está en posesión para con el deudor por la notificación de la cesión. ¿Debe concluirse de esto que la notificación basta y que el deudor no tiene derecho de exigir la inscripción? Creemos que la notificación pone en posesión al cesionario para con el deudor en el sentido de que éste puede y debe pagar en manos del cesionario. Pero la acción de declaración de crédito no tiende al pago, tiene únicamente por objeto asegurarse de que el

crédito cedido existe todavía; y es como comprador como el cesionario tiene interés en saber si el crédito existe ó no, con el fin de tener seguridad de ser propietario antes de pagar el precio del crédito. Es, pues, una cuestión de propiedad la que es objeto del litigio; desde luego el art. 5 es aplicable. ¿Se dirá que el deudor no está interesado en exigir la inscripción una vez hecha la notificación? Contestaremos que tiene interés en saber si no hay otros concesionarios que vinieran á intentar una acción de declaración contra él; lo que vuelve á llevar el debate al terreno del artículo 5. Desde que se trata del pago del crédito el deudor es un tercero en el sentido de este artículo; por lo tanto, puede oponer al cesionario la falta de publicidad. Esto nos parece decisivo. (1)

260. El art. 6 exige que la inscripción hipotecaria esté tomada para la seguridad de un crédito líquido y seguro. Si el crédito no es líquido el cesionario no podrá promover la declaración. ¿Por qué subordina la ley la acción de declaración á la liquidación del crédito? No se sabe. Un crédito condicional está inseguro en cuanto á su existencia; puede, no obstante, ser cedido; ¿por qué el cesionario no tiene el derecho de asegurarse de que este crédito existe? Martou supone que el legislador exigió esta condición á consecuencia de la analogía que establece entre la cesión de un crédito y el embargo; pero la analogía sólo está en las formas; en cuanto al fondo hay una diferencia esencial entre el embargo, que es una vía de ejecución, y la acción de declaración de crédito, que tiene por objeto una simple noticia. (2)

261. La acción puede ser intentada, dice el art. 6, antes del vencimiento de la deuda. Era inútil haberlo dicho; cuan-

1 Compárese Casier, núm. 108. Cloes, t. I, núm. 240 y Martou, t. I, número 213.

2 Martou, Comentario, t. I, p. 225, núm. 220.

do la deuda está vendida el cesionario puede exigir el pago, lo que es el medio más sencillo y más enérgico de asegurarse de si el crédito cedido existe.

262. El art. 6 añade que la demanda está dispensada de los preliminares de conciliación. Tiene por objeto una simple noticia; no hay contestación entre el cesionario y el deudor; por tanto, no hay lugar á conciliación.

263. La acción debe ser intentada ante el tribunal del domicilio del deudor. Esta es la aplicación de un principio general; la demanda es puramente personal aunque se trate de un derecho real inmobiliario, pero la acción no tiene nada de común con el inmueble gravado con el derecho real, versa únicamente en un hecho: ¿Hay ó no hay extinción del crédito? El deudor debe contestar á esta pregunta. Siendo la demanda personal se la debe llevar ante el tribunal del domicilio del demandante.

264. El deudor notificado debe hacer la declaración prescrita por el art. 570 del Código de Procedimientos. Este artículo se refiere á la declaración que el deudor debe hacer en caso de embargo; le fué notificado el embargo, y sobre la notificación en validez declara si el crédito embargado existe ó no. En este punto hay analogía entre el tercero embargado y el deudor del crédito cedido. En consecuencia, el segundo inciso del art. 6 dice: "El demandado estaría obligado á conformarse con las disposiciones de los arts. 571 y siguientes del Código de Procedimientos." La ratificación generalmente se hace al secretario, con asistencia del abogado. No es una declaración jurada. La ley se conforma con una simple declaración. El hecho esencial que se debe declarar es si el crédito existe ó si la deuda está extinguida. Sin embargo, hay hechos accesorios que el cesionario también tiene interés en conocerlos. El Código de Procedimientos (art. 573) quiere que en la declaración se digan las causas y el monto de la deuda, los pagos

á cuenta ó abonos si se han hecho, el acta ó las causas de liberación si el demandado no es ya deudor y, en todo caso, los embargos precautorios formados contra él. Una declaración sin piezas justificantes no sería una prueba, y no solamente se debe declarar el hecho sino que se debe probar: el art. 574 quiere que las piezas justificantes estén anexas á la declaración y depositadas en la secretaría, en donde el cesionario podrá tomar conocimiento de ellas.

265. El cesionario tiene el derecho de contestar la declaración hecha por el deudor. En este caso un proceso se emprende. Si la declaración no está contestada, dice el artículo 576, no se hará ningún procedimiento.

266. Puede suceder que el deudor no haga la declaración ó que no la haga conforme al Código de Procedimientos. En este caso, dice el art. 6, el cesionario puede volver á citar por un diligenciario con el fin de que se le declare simple y puro deudor. El tribunal no lo debe declarar deudor; puesto que se emplazó una segunda vez hay proceso; el deudor dará las razones por las que no haya hecho declaración y el tribunal decidirá.



SEGUNDA PARTE.

DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS. (1)

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

§ I.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES CON RELACIÓN AL DEUDOR.

267. El art. 7 (Código Civil, art. 2092) dice: "Todos están obligados personalmente á cumplir sus compromisos en sus bienes, mobiliarios ó inmobiliarios, presentes ó futuros." Esta es la reproducción del art. 2092, con una ligera modificación. El Código dice: *se ha* obligado, mien-

1 Fuentes: Martou, Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851, 4 volúmenes en 8.º (Bruselas, 1855).
Gloss, Comentario de la ley de 1851, 3 vols. en 8.º (Lieja, 1861 y siguientes).
Tarrible, De los Privilegios é Hipotecas, 2 vols. en 8.º (Lieja, 1819).
Persil, Cuestiones sobre los Privilegios y las Hipotecas, 2 vols. en 8.º (París, 1820) y Régimen Hipotecario, 2 vols. en 8.º (París, 1833).
Battur, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas, 2.ª edición, 4 vols. en 8.º (París, 1823).
Grenier, Tratado de las Hipotecas, 3.ª edición (Olermont-Ferrand, 1829).
Valette, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas. Sólo apareció la primera entrega (París, 1846).
Troplong, Comentario del título de los Privilegios é Hipotecas, 5.ª edición (París, 1854, 4 vols. en 8.º).
Mourlón, Examen crítico del Comentario de Troplong, 2 vols. (París, 1855).
Pont, Comentario del título de los Privilegios é Hipotecas 2.ª edición (París, 1868, 2 vols. en 8.º).

á cuenta ó abonos si se han hecho, el acta ó las causas de liberación si el demandado no es ya deudor y, en todo caso, los embargos precautorios formados contra él. Una declaración sin piezas justificantes no sería una prueba, y no solamente se debe declarar el hecho sino que se debe probar: el art. 574 quiere que las piezas justificantes estén anexas á la declaración y depositadas en la secretaría, en donde el cesionario podrá tomar conocimiento de ellas.

265. El cesionario tiene el derecho de contestar la declaración hecha por el deudor. En este caso un proceso se emprende. Si la declaración no está contestada, dice el artículo 576, no se hará ningún procedimiento.

266. Puede suceder que el deudor no haga la declaración ó que no la haga conforme al Código de Procedimientos. En este caso, dice el art. 6, el cesionario puede volver á citar por un diligenciario con el fin de que se le declare simple y puro deudor. El tribunal no lo debe declarar deudor; puesto que se emplazó una segunda vez hay proceso; el deudor dará las razones por las que no haya hecho declaración y el tribunal decidirá.



SEGUNDA PARTE.

DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS. (1)

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

§ I.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES CON RELACIÓN AL DEUDOR.

267. El art. 7 (Código Civil, art. 2092) dice: "Todos están obligados personalmente á cumplir sus compromisos en sus bienes, mobiliarios ó inmobiliarios, presentes ó futuros." Esta es la reproducción del art. 2092, con una ligera modificación. El Código dice: *se ha* obligado, mien-

1 Fuentes: Martou, Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851, 4 volúmenes en 8.º (Bruselas, 1855).
Gloss, Comentario de la ley de 1851, 3 vols. en 8.º (Lieja, 1861 y siguientes).
Tarrible, De los Privilegios é Hipotecas, 2 vols. en 8.º (Lieja, 1819).
Persil, Cuestiones sobre los Privilegios y las Hipotecas, 2 vols. en 8.º (París, 1820) y Régimen Hipotecario, 2 vols. en 8.º (París, 1833).
Battur, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas, 2.ª edición, 4 vols. en 8.º (París, 1823).
Grenier, Tratado de las Hipotecas, 3.ª edición (Olermont-Ferrand, 1829).
Valette, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas. Sólo apareció la primera entrega (París, 1846).
Troplong, Comentario del título de los Privilegios é Hipotecas, 5.ª edición (París, 1854, 4 vols. en 8.º).
Mourlón, Examen crítico del Comentario de Troplong, 2 vols. (París, 1855).
Pont, Comentario del título de los Privilegios é Hipotecas 2.ª edición (París, 1868, 2 vols. en 8.º).

tras que la ley belga dice: *está obligado*. Delvincourt ha hecho ya la observación de que la redacción del Código no se aplica más que á las obligaciones convencionales que nacen de un concurso de consentimientos (art. 1101). Hay compromisos que se forman sin que intervenga ninguna convención; unos, dice el art. 1370, resultan únicamente de la autoridad de la ley, otros nacen del hecho. Y cuando una persona está obligada en virtud de una ley lo está sin su consentimiento, luego sin que se obligue. Lo mismo que el que se obliga por un cuasicontrato, tal como el dueño de un negocio que lo gire un tercero, está obligado sin *haberse obligado*. Cualquiera que sea la causa de las obligaciones los efectos son idénticos; todos los que se obligan deben cumplir sus compromisos contraídos en sus bienes, aunque no los hayan consentido. Luego se debía decir, como lo hace la Ley Hipotecaria: «Cualquiera *está obligado*»

¿En qué se funda el principio establecido por el art. 7? Toda obligación implica la necesidad legal de hacer ó de dar el objeto del compromiso. ¿En qué consiste esta necesidad? En que el deudor puede ser obligado á llenar la obligación que le incumbe. ¿Cuáles son las vías para forzarlo? Sólo se conciben dos, ejerciéndolas en la persona ó en los bienes. Entre los antiguos se consideraba la persona del deudor como la que debía responder de los compromisos que contraía en el sentido de que comprometía su libertad y su vida. Los romanos, pueblo jurídico por excelencia, habían escrito este derecho bárbaro con letras de sangre en sus famosas *Tablas*. Lo que prueba que tenían idea de lo que era la libertad individual. El acreedor sólo tiene derechos pecuniarios, y estos derechos no le permiten disponer de la vida y de la libertad de su deudor, porque ni la vida ni la libertad se pueden comprometer, son inenajenables por su esencia. Los derechos pecuniarios sólo se pueden ejercer sobre bienes que tengan un valor pecunia-

rio, y la libertad y la vida del hombre son cosas inestimables. De aquí el antiguo adagio: *El que se obliga obliga lo suyo*. La ley lo formula en términos más generales, diciendo: *Cualquiera que está obligado* debe cumplir sus compromisos contraídos en sus bienes. (1)

268. La ley dice: «*Quien quiera que esté obligado*.» Concebido en los términos más generales el principio se aplica á todo deudor, sin distinguir entre los que son capaces de enajenar y los incapaces; basta que estén válidamente obligados para que cumplan sus compromisos con sus bienes. El menor está ligado por los compromisos que contrae el tutor en los límites de sus poderes; está obligado, por consiguiente, con sus bienes. Lo que jamás ha sido contestado, salvo que en el derecho antiguo se permitía al menor pedir la rescisión por causa de lesión, aun de actos que el tutor tuviera el derecho de hacer. En nuestra legislación moderna el menor no puede pedir la rescisión de esos actos, sólo tiene una acción de responsabilidad contra el tutor.

La aplicación del principio tiene alguna duda cuando se trata de incapaces que se pueden obligar por necesidades de su administración, pero que no tienen el derecho de enajenar. Tales son el menor emancipado y la mujer separada de bienes. Tomaremos por ejemplo á la mujer separada, para la que hay un texto, mientras que para el menor emancipado todo está sujeto á controversia, aun el derecho de enajenar su mobiliario. En los términos del art. 1449 la mujer separada tiene la libre administración de sus bienes; puede, pues, obligarse cuando administra, pero no tiene el poder absoluto de enajenar; la ley distingue: permite á la mujer disponer de sus muebles, le prohíbe enajenar sus inmuebles sin autorización del marido ó del juez. Se pregunta si la mujer al obligarse compromete sus bienes muebles ó inmuebles. La afirmativa, en nuestro concepto, es cierta.

1 Troplong, núm. 2. Martou, t. I, p. 235, núms. 241 y 242.

En efecto, el art. 7 no distingue, y no está permitido al intérprete distinguir porque el principio consagrado por la ley no implica esta distinción. Toda obligación implica la necesidad jurídica de llenarla; no se comprende que haya deudores á los que no se les pueda obligar á ejecutar sus compromisos. Esto sería una excepción á una regla que es de interés público porque la sociedad está interesada en que los compromisos de los deudores sean cumplidos; se necesitaría, pues, un texto que consagrara este extraño privilegio en provecho de los incapaces. La ley se guardó de concedérselos porque habría sido funesto. ¿Quién querría tratar con incapaces que el acreedor no pudiera forzar á ejecutar sus compromisos? Siendo así la ley daría á la mujer la libre administración de sus bienes y la pondría en la imposibilidad de administrar. Porque no puede administrar sin obligarse, y la mujer no encontrará persona que quisiera contratar con ella si no le puede ofrecer la garantía de sus bienes como prenda.

Se objeta que la mujer no puede enajenar más que sus muebles, que no puede enajenar sus inmuebles sin estar autorizada. Hé aquí, se dice, el texto que deroga el artículo 7 (Código Civil, art. 2092). La regla de que el que se *obliga obliga los suyos* se aplica á las personas capaces; en cuanto á los incapaces se debe uno atener á las disposiciones restrictivas de la ley. Es imposible, se dice que el artículo 7 dé á la mujer separada de bienes el derecho de comprometer sus inmuebles cuando el art. 1449 le prohíbe enajenarlos, porque comprometiéndolos la mujer los enajena indirectamente, puesto que da al acreedor el derecho de embargarlos y de venderlos. Se contesta, y la respuesta es perentoria, que el art. 1449, al disponer que la mujer no puede enajenar sus inmuebles sin autorización, entiende decir que no los puede vender transfiriendo la propiedad; tal es el sentido de la palabra *enajenar*. Y al

obligarse la mujer no enajena sus inmuebles, como tampoco sus muebles; esto es tan cierto que después de obligarse conserva la plena propiedad de todos sus bienes, puede vender los muebles sin estar autorizada y los inmuebles con autorización. Luego el art. 1449 no deroga el art. 2092 (Ley Hipotecaria, art. 7). En vano se diría que la obligación contraída por la mujer conduce á la venta forzada de sus inmuebles si no cumple sus compromisos. Sin duda, pero esta consecuencia que resulta de sus compromisos es independiente de su voluntad; no es ella la que da poder al acreedor para expropiarla, es la ley que en interés público da este efecto á toda obligación. En definitiva, el artículo 2092 y el art. 1449 se concilian perfectamente. Cuando el art. 1449 prohíbe á la mujer enajenar sin autorización entiende que no puede vender sus inmuebles. Y si el artículo 2092 le permite comprometer todos sus bienes al contraer una deuda es que la ejecución forzada sobre los bienes del deudor es de la esencia de toda obligación (t. XXII, núm. 314).

Lo que dijimos de la mujer casada se aplica al menor emancipado. Aun cuando se admitiera que puede enajenar sus muebles puede, al obligarse para las necesidades de su administración, comprometer todos sus bienes muebles é inmuebles. Sucede lo mismo con las personas que están bajo consejo judicial: les está prohibido enajenar (arts. 499 y 513), no les está prohibido administrar y obligarse para su administración, lo que hace aplicable el art. 7. (1)

269. El art. 7 dice: "Quien quiera que éste obligado *personalmente*." Esta última palabra está de más; toda obligación implica una liga *personal* por la que el deudor está obligado á dar ó á hacer lo que hace el objeto del compromiso.

1 Pont, t. I, p. 8, núm. 16 y en sentido diverso los autores que cita. Mourlón, Examen crítico, t. I, p. 6, núm. 6.

Si la ley agrega la palabra *personalmente*, es para marcar la diferencia que existe entre la liga personal y la liga real. Las dos ligas pueden coexistir, pueden también estar separadas. Cuando hipoteco un inmueble á mi acreedor estoy obligado *personalmente* como deudor con todos mis bienes, y lo estoy realmente con el inmueble hipotecado. La diferencia es grande entre estas dos ligas. Como deudor personal soy dueño de disponer de mis bienes, conservo plena propiedad; mientras que no pueda yo disponer libremente de un inmueble que he hipotecado mi derecho está desmembrado, limitado por el derecho del acreedor hipotecario. La liga real es, pues, más estrecha que la liga personal. En cambio ésta abraza todos los bienes del deudor, muebles é inmuebles, presentes y futuros, mientras que la liga real es especial por su naturaleza. Ambas ligas pueden estar separadas. Si hipoteco un inmueble por la deuda de un tercero estaré obligado realmente y el tercero deudor lo estará personalmente. Aquí surge nuevamente la diferencia que existe entre las dos ligas. Como detentor del inmueble hipotecado puede perseguirme el acreedor hipotecario, pero esta acción no se dirige contra mi persona sino contra el inmueble. Soy demandado como detentor del inmueble; abandonándolo me liberto de la acción. El deudor, al contrario, estará obligado personalmente y, por consiguiente, con todos sus bienes; no se le admite á hacer abandono á su acreedor, pues por más que abandonara sus bienes quedará obligado en virtud de la liga personal, la que subsiste en tanto que la deuda no está pagada. No sucedería de otra manera más que cuando los acreedores consintieran en la cesión de bienes con el efecto que el deudor será liberado.

Importa demasiado saber cuándo hay liga real y cuándo hay personal. Esta obligación la crea la liga personal, y la obligación nace de la ley de los contratos, de los cuasicon-

atos, de los delitos de los cuasidelitos. La liga real nace de un derecho real constituido en una cosa mueble ó inmueble, ya en virtud de un contrato, ya de un testamento ó por la ley: tales son las servidumbres, los privilegios y las hipotecas. Se cita todavía como por ejemplo al heredero beneficiario y á los sucesores irregulares. (1) Lo que no es exacto; el heredero, aunque beneficiario es el representante de la persona del difunto; luego deudor personal, pero no está definida su obligación como en general lo está la obligación del deudor; no debe pagar las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de su remuneración. Es verdad que puede abandonar los bienes á los acreedores y legatarios, pero de aquí erróneamente se ha deducido que no es deudor personal, pues apesar del abandono queda heredero; luego deudor. Los sucesores irregulares son sucesores universales; luego están obligados con las deudas del difunto y no lo están como deudores personales; pero, lo mismo que con el heredero beneficiario, no están obligados *ultra vires*; no se debe, pues, confundir al deudor *limitado* con el que sólo está obligado en virtud de una liga real.

270. El deudor personal, dice el art. 7, está obligado á cumplir sus compromisos con todos sus bienes, muebles ó inmuebles. Resulta de la naturaleza del principio que recibe su aplicación á todos los bienes, sin que haya distinción si son muebles ó inmuebles; todo lo que posee el deudor es prenda para sus acreedores. Sin embargo, cuando el deudor es insolvente se establece una diferencia entre la masa mueble y la inmueble; no son siempre los mismos acreedores los que concurren á las dos masas y la promoción de sus derechos no se hace del mismo modo. La distinción nace de que hay acreedores que tienen derechos particulares sobre ciertos bienes. Volveremos sobre los derechos de preferencia relativos á las relaciones de los acreedores entre

1 Pont, t. I, p. 5, núm. 9.

si. Por ahora sólo se trata de los derechos de los acreedores contra el deudor y sus bienes.

Lo ley dice que el deudor está *obligado* á cumplir sus compromisos con todos sus bienes. ¿Cómo se realiza esta obligación del deudor? Por el embargo de sus bienes y la venta forzada que se sigue. Todo acreedor tiene el derecho de expropiar los bienes que pertenecen á su deudor; en este sentido no hay ninguna diferencia entre los acreedores quirografarios y los hipotecarios ó privilegiados. Y como su derecho se extiende á todas los bienes pueden ejercerlo como gusten: embargar los muebles ó los inmuebles, embargar tal ó cual bien. Sin embargo, la ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación hace algunas restricciones á la facultad absoluta que resulta del principio del art. 7 (Código Civil, art. 2092). Cuando un acreedor tiene una hipoteca debe comenzar por expropiar los bienes que tiene hipotecados, siendo sólo en caso de insuficiencia de estos bienes como puede proceder á la expropiación de los bienes que no le han sido hipotecados (art. 4). A primera vista la restricción parece extraña porque limita los derechos de los acreedores que á título de acreedores hipotecarios prevalecerían sobre los acreedores personales. Pero esta limitación resulta de la garantía especial que han estipulado y que generalmente les basta. Esto no compromete en nada sus intereses, puesto que después de haber expropiado los bienes que están afectados tienen el derecho de expropiar los demás bienes y concurrir con los acreedores quirografarios. Tienen, pues, una garantía especial: aprovechan del empeño general que la ley da á todo acreedor sobre los bienes de su deudor. La ley de 1854 establece aún otras restricciones de un carácter más especial, habiendo algunas que ha abolido. No entramos en estos detalles porque pertenecen al procedimiento. (1)

1 Martou, Comentario, t. I, p. 246, núm. 252.

271. Los autores agregan que el deudor está obligado á cumplir sus compromisos en sus bienes corporales como en sus bienes no corporales. Era inútil decirlo, puesto que nuestro derecho moderno ya no hace diferencia entre los créditos y los objetos corporales, muebles ó inmuebles, en cuanto á los derechos de aquel á quien pertenecen. Esto es un derecho de propiedad y el acreedor tiene todos los derechos de un propietario; puede vender los créditos como cualquiera otro bien que se encuentra en su dominio; sus acreedores deben tener el mismo derecho en sus bienes no corporales como lo tienen en sus bienes corporales. El artículo 1166 deduce de esto la consecuencia de que los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor.

272. En fin, según el art. 7 (Código Civil, art. 2092) el deudor está obligado en sus bienes presentes y futuros. El compromiso del deudor no está limitado á los bienes que posee en el momento en que nace la obligación: se extiende á todos los bienes que el deudor podrá adquirir. ¿Por qué razón? El derecho que adquiere el acreedor en los bienes del deudor no es un derecho real; la ley dice, es verdad, que los bienes del vendedor son la *prenda* de sus acreedores (art. 8), pero este derecho de prenda no tiene nada de común con el empeño que da al acreedor un privilegio en la cosa mueble que el deudor le entrega para seguridad de esta deuda (art. 2071); los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores en el sentido de que si no paga pueden embargar estos bienes y mandarlos vender para que se les pague del precio procedente de la venta. Esta prenda general no confiere ningún derecho real á los acreedores en los bienes, sólo los da para el caso en que el deudor no cumpla con sus compromisos; es decir, cuando quiebra civil ó mercantilmente. Así el derecho de prenda de los acreedores sólo se realiza cuando el embargo, y los acreedores pue-

den, naturalmente, embargar todos los bienes que se hallen en aquel momento en el dominio de su deudor. Poco importa cuál sea la fecha del crédito, poco importa en qué época fueron adquiridos los bienes, no es tal ó cual bien perteneciente al deudor en tal ó cual época lo que es prenda general establecida por el art. 7, es todo el patrimonio del deudor tal cual existe cuando las promociones dirigidas por los acreedores en ejecución de sus derechos.

273. Del principio de que el deudor está obligado en sus bienes presentes y futuros hay que cuidarse de concluir que los acreedores tienen una acción en los bienes que el deudor ha enajenado. El derecho de prenda que la ley da á los acreedores no es un derecho real, y el derecho real sólo permite perseguir los bienes que están afectos á él en poder de cualquier tercero detentor; el acreedor que tiene una hipoteca ó un privilegio en los inmuebles puede perseguirlos y ejercer su derecho en estos bienes; el acreedor quirografario no tiene derecho de persecución. Hay para esto una razón decisiva. El derecho de los acreedores personales en los bienes de su deudor no se realiza más que cuando no satisface á sus compromisos; hasta entonces el deudor conserva el libre ejercicio de su derecho de propiedad; puede, pues, enajenar los bienes y estas enajenaciones son perfectamente válidas, transmiten la propiedad al adquirente sin que los bienes estén gravados de ningún derecho real, pues cuando la enajenación los acreedores no tienen ningún derecho en la cosa. Si después el vendedor cae en quiebra sus acreedores pueden perseguir su pago en los bienes del deudor, pero no tienen acción más que en los bienes que se encuentran en su patrimonio; tienen que respetar las enajenaciones consumadas; no adquieren derecho real en estos bienes sino á partir del embargo; sólo desde este momento pierde el deudor la libre disposición de sus bienes.

Este principio no recibía más que una modificación bajo

el imperio del Código Civil. El deudor tiene la libre disposición de sus bienes, pero no puede disponer de ellos en fraude de sus acreedores. De aquí el derecho de los acreedores de atacar las actas hechas por el deudor en fraude de sus derechos (art. 1167); la acción pauliana hace entrar los bienes en el patrimonio de su deudor y permite, por consiguiente, á los acreedores embargarlos.

Nuestra Ley Hipotecaria, tal cual la interpreta la jurisprudencia, agregó una segunda restricción al derecho del deudor; conserva la facultad de enajenar, y los bienes enajenados escapan á la prenda de los acreedores personales, pero bajo una condición: es que las actas de enajenación estén transcriptas, pues una acta no transcripta no existe para con los terceros, y según el texto y el espíritu de la ley nueva los acreedores quirografarios son terceros, pueden, pues, prevalecerse de la falta de transcripción y embargar, por consiguiente, como perteneciente aún á su deudor bienes que éste enajenó sin haber transcripto el acta de venta (núms. 173-186).

274. Según el art. 7 *todos* los bienes del deudor están afectos á la ejecución de sus obligaciones; luego la ley añade: «Muebles ó inmuebles presentes y futuros.» ¿Por qué se vale la ley primero de la disyuntiva *ó* y después de la conjuntiva *y*? No se sabe; el Código emplea siempre la conjunción *y*, lo que es seguramente más exacto, puesto que los derechos de los acreedores se ejercen en todos los bienes indistintamente.

Si se quisiera hacer una corrección había que adoptar la modificación propuesta por la facultad de Caen, añadiendo: «excepto las excepciones admitidas por la ley,» lo que además se comprende. El art. 7 (Código Civil, artículo 2092) establece la regla; todo el mundo sabe que hay excepción y que ciertos muebles no pueden ser embargados ni vendidos, ó no pueden serlo más que dentro de ciertos

limites. (1) Estas excepciones pertenecen al procedimiento; el Código se limita á disponer que ciertos bienes no pueden ser enajenados: tales son los derechos de uso y de habitación (arts. 631-634); ya hemos dado la razón en el título *Del Usufructo*. Lo mismo pasa con los bienes dotales de la mujer casada bajo el régimen dotal; en el título *Del Contrato de Matrimonio* hemos expuesto las dificultades á que da lugar la inenajenación de los fondos dotales.

275. Hay aún otra restricción que hacer á los términos generales del art. 7 (Código Civil, art. 2092). Resulta del principio por el art. 537, según el cual «los bienes que no pertenecen á particulares están administrados y no pueden ser enajenados más que en las formas y según las reglas que les son especiales.» ¿De cuáles bienes entiende hablar la ley? La expresión de bienes *que no pertenecen á particulares* comprende los bienes que son de personas *civiles*; la ley evita servirse de esta expresión doctrinal, lo que no es muy exacto; las llama ordinariamente las *comunidades* (art. 542), el Estado (art. 713) y los establecimientos de utilidad pública, tales como los hospicios (art. 910). Hay que agregarles las provincias que gozan igualmente de lo que se llama la personificación civil. Para las personas civiles la propiedad es un cargo ó, si se quiere, un medio de cumplir la misión de que están investidas por la ley, mientras que para los particulares la propiedad es un derecho, y el más absoluto de todos (art. 544.) De ahí una gran diferencia en los derechos de los acreedores. Si se trata de particulares como pueden disponer libremente de sus bienes los acreedores también tienen esta libre disposición; embargan los bienes y los mandan vender, luego se les paga del precio procedente de la venta. No puede suceder lo mismo con los acreedores del Estado, de las provincias y los municipios; en verdad pueden perseguir sus derechos en justicia en el

1 Véase Martou, Comentario, t. I, ps. 238 y siguientes, número 241.

sentido de que los jueces reconozcan sus derechos; pero las sentencias no pueden ser ejecutadas por vía de embargo, pues no pertenece á los tribunales disponer por sus decisiones del patrimonio afecto á un servicio público. Esto no quiere decir que las personas civiles estén dispensadas de cumplir sus compromisos, pero los cumplen bajo formas determinadas por leyes particulares que organizan la administración de sus bienes. Las personas extrañas al derecho consideran esta manera de proceder como una denegada de justicia. No es así. Hay dos intereses en conflicto: el de la sociedad y el de los particulares, y en este conflicto siempre prevalece el interés general. Es intencionalmente que hablamos de *intereses* y no de *derechos*. Los derechos de los particulares no están sacrificados al interés del Estado. Semejante sacrificio sería una verdadera denegada de justicia, aunque el mayor interés del Estado y su deber más estricto exigen el mantenimiento del derecho. Los que tratan con una persona civil obtienen el pago de sus créditos, pero saben al contratar que no pueden obtenerla por las vías ordinarias de ejecución; se someten á las formas más lentas de la liquidación administrativa y hacen sus estipulaciones en consecuencia. La ley respeta, pues, los derechos y concilia los diversos intereses. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. Sucede algunas veces que los tribunales, por costumbre más bien que por principio, condenan á las personas civiles en los términos que emplean para condenar á los particulares; estas decisiones, tomadas á la letra, permitirían á los acreedores embargar los bienes del Estado ó de los municipios; las sentencias así formuladas son ordinariamente reformadas en apelación. «Los primeros jueces de la Corte de Lieja exceden sus poderes condenando pura y simplemente á los municipios al

1 Martou, Comentario, t. I, p. 239, núm. 248.

pago de lo que deben; deben limitarse á declarar la existencia y legalidad de la deuda devolviendo la liquidación á la autoridad administrativa." (1)

Nuestra Corte de Casación ha consagrado esta doctrina decidiendo en principio que los municipios no tienen la libre disposición de su haber; que no pueden hacer ningún gasto ni satisfacer ningún compromiso suyo sino después de haber sido autorizados por la autoridad administrativa superior y conforme á lo previsto por su presupuesto de egresos, del que les está prohibido apartarse. De ahí esta consecuencia: que el acreedor de un municipio no puede promover contra él por vía de ejecución, ya sea mobiliario ó inmobiliario, ó por embargo para obtener el pago de lo que se le deba. (2) Y se entiende que lo que la Corte de Casación dice de los municipios que estaban en causa en el caso es aplicable á todas las personas civiles encargadas de un servicio público.

276. Se pregunta si estos principios reciben su aplicación á los Estados extranjeros. La cuestión debe ser presentada en términos más generales. No sólo es el Estado con sus dependencias, los municipios y las provincias, el que puede invocar el beneficio de la excepción que acabamos de señalar, cualquiera persona civil puede reclamarlo, siempre que sea de utilidad pública. ¿Pasa lo mismo con las personas civiles constituidas por leyes extranjeras? La afirmativa no sería dudosa si estas personas estuvieran reconocidas en Bélgica. ¿Pero pueden prevalecerse de su personificación sin que ésta esté consagrada por la ley? No, puesto que son seres ficticios que sólo tienen existencia por la ley; y la ley extranjera que las creó no tiene ninguna fuerza fuera del Estado para el que fueron hechas. Transladamos á lo que ya hemos dicho. (3)

1 Lieja, 17 de Julio de 1834 (Pasicrisia, 1834, 2, 192) y 1.º de Agosto de 1835 (Pasicrisia, 1835, 2, 293).

2 Denegada, 30 de Diciembre de 1841 (Pasicrisia, 1842, 1, 25).

3 Véase t. I, núm. 306.

Nosotros limitamos nuestra cuestión á los Estados extranjeros. Estos están reconocidos por sólo que existen. Hay entre los diversos Estados relaciones diplomáticas que implican que su existencia está admitida á título de sociedades soberanas. ¿Los municipios y las provincias aprovechan de este reconocimiento? Esto es una nueva dificultad que hacemos á un lado para no complicar el debate. La cuestión que hemos propuesto no se ha presentado hasta hoy más que para los Estados extranjeros. Hay un principio que domina esta materia: es el de la independencia de los Estados en sus relaciones entre sí. Este principio, universalmente reconocido, conduce á una consecuencia importante en lo relativo á la jurisdicción de los tribunales establecidos en los diversos países; no se extiende á los Estados extranjeros. Todos los autores que han escrito acerca del derecho de gentes admiten el principio con la consecuencia que de él se deduce. Nos limitaremos á citar el testimonio de Vattel, cuya autoridad es grande ante los tribunales: "De esta libertad é independencia si-guese que toca á cada nación juzgar lo que su conciencia exige de ella, de lo que puede ó no puede, de lo que le conviene ó no le conviene hacer. En todos los casos en que pertenece á una nación juzgar lo que su deber exige de ella otra no puede obligarla á obrar de tal ó cual manera, pues si lo intentara atacaría á la libertad de las naciones. El derecho obligado contra una persona libre sólo nos pertenece en los casos en que esta persona se comprometió con nosotros en alguna cosa particular por una razón particular que no depende de su juicio, en los casos en que tenemos contra ella un derecho perfecto." (1) Y siendo un Estado completamente independiente de otro no puede tratarse de un derecho perfecto entre ellos; de esto la imposibilidad de que el uno esté sometido á la jurisdicción del otro.

1 Vattel, Tratado del derecho de gentes, Preliminares, pfo. 16.

Esta incompetencia de la justicia no es más que la aplicación del derecho común en lo que se refiere al Estado y no una denegada de justicia. Si en cada país el Estado y sus dependencias no están sometidos á la jurisdicción ordinaria en lo relativo á las vías de ejecución forzada debe suceder lo mismo con los Estados extranjeros una vez que se admite su existencia y su soberanía. Sin duda las garantías del particular que trata con un Estado extranjero no pueden ser las mismas que las que encuentra en las instituciones de su país. A él toca pesar estas consideraciones antes de tratar; sabe que no podrá forzar á su deudor á cumplir sus compromisos empleando las vías de derecho; sabe que tendrá que atenerse á la lealtad del Gobierno con el que va á tratar; si no tiene confianza en el Estado que tiene que ser deudor debe abstenerse. Es seguro que estos compromisos no ofrecen la misma seguridad que la que el acreedor encuentra en la acción ordinaria de la justicia; la consecuencia será que estos Estados tratarán bajo condiciones menos ventajosas que los particulares; mientras menos garantías ofrece el deudor más aumentan las exigencias del acreedor.

277. La Corte de Casación ha consagrado estos principios. Estos son los hechos de la causa. Unos negociantes de Bayona ministraron mercancías al Gobierno español en Febrero de 1837; en el mes de Octubre el pago fué fijado por un letra de cambio. La letra fué presentada á su vencimiento, pero se contestó con una nota de 7 de Mayo de 1839 que no podía ser pagada á consecuencia de las instrucciones dadas por el Gobierno. Se protestó el 13 de Junio de 1839. El 29 de Febrero de 1844 los acreedores formaron un embargo en las sumas que un comerciante de Bayona tenía que entregar al Gobierno español; el primer juez y la Corte de Pau declararon el embargo válido y ordenaron que los terceros embargados entregasen á los embargantes lo que debían al Gobierno español hasta concu-

rrencia del crédito 3577 francos por intereses y capital. La Corte no hizo ningún caso de la objeción que se hizo en nombre del deudor; á saber: que la soberanía é independencia de los Estados no permitía las vías de ejecución; la sentencia dice que este principio no está en causa, que se trataba de una deuda legítima cuyo acreedor tenía el derecho de perseguir el pago. Recurso de casación. Después de deliberación en Sala de Consejo la decisión fué casada, sobre informe de Bérenger, Presidente de la Corte, y sobre conclusiones del Abogado General Nicias Gaillard.

La Corte sienta en principio la independencia recíproca de los Estados; de donde resulta que un gobierno no puede estar sometido, para los compromisos que contrae, á la jurisdicción de un Estado extranjero. En efecto, el derecho de jurisdicción que pertenece á cada gobierno para juzgar las diferencias nacidas de actos emanados de él es un derecho inherente á su autoridad soberana, que otro gobierno no podría atribuirse sin exponerse á alterar sus relaciones respectivas. El demandado invocaba el art. 14 del Código Civil que autoriza á citar ante los tribunales franceses al extranjero que contrajo obligaciones hacia un francés. La Corte contesta que esta disposición sólo se refiere á los compromisos privados contraídos por dos ciudadanos pertenecientes á dos Estados diferentes; que no es aplicable á los compromisos que un Estado extranjero contrae con un francés.

La Corte invoca también los principios particulares que rigen la ejecución de los compromisos contraídos por un Estado hacia un indígena. En el caso se trataba no de decidir si el Gobierno español era deudor, la deuda no estaba contestada, sino de juzgar de la validez de un embargo practicado á cargo de un gobierno extranjero. Y con cualquiera que trate un Estado esta persona, por el hecho del compromiso que contrae, se somete á las leyes, modo de

contabilidad y jurisdicción administrativa ó judicial de este Estado. Las cuestiones que se refieren á la comprobación, á la liquidación ó al embargo de los créditos de un gobierno contra nacionales ó extranjeros no pueden ser resueltas más que por las reglas del derecho público de dicho Estado, y, por consiguiente, no podrán ser juzgadas por tribunales extranjeros. La Corte da de ello una razón decisiva en lo relativo al embargo. Si un tribunal francés validara el embargo hecho contra el deudor de un Estado extranjero el embargado estaría en verdad obligado á pagar; ¿pero quedaría liberado para con el Estado de quien es deudor? No, pues éste no reconocería la sentencia del tribunal francés que dispuso de un crédito que no le pertenecía. ¿Qué resultaría? Que el tercero embargado tendría que pagar dos veces. Prueba que las leyes generales no reciben aplicación á los debates en los que un gobierno extranjero está interesado como deudor. (1)

§ II.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES ENTRE SI.

Núm. 1. De los acreedores personales.

278. El art. 8 (Código Civil, art. 2093) dice que los bienes del deudor son la *prenda común* de sus acreedores; esto es decir que todos tienen en él un derecho igual. ¿De qué acreedores se trata? Desde luego de los acreedores quirografarios que no tienen privilegio ni hipoteca y que, por consiguiente, están todos en una misma línea. Los acreedores privilegiados ó hipotecarios tienen dos derechos; pueden hacerse pagar de preferencia á los demás acreedores personales en los bienes que están especialmente afectos al pago de sus créditos; si estos bienes son insuficientes para saldar completamente á los acreedores quedan acreedores por lo

1 Casación, 22 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 5). Martou, Comentario, t. I, p. 242, núm. 249.

excedente; pero por este punto sólo son acreedores quirografarios y concurren, por consiguiente, con los acreedores personales, sin que haya que distinguir entre los que han agotado su derecho de preferencia y los demás. Todos tienen la misma prenda; el patrimonio de su deudor tal cual existe cuando el embargo de los bienes.

279. La ley no admite ninguna preferencia entre los acreedores personales. Según el art. 8 (Código Civil, artículo 2093) el precio se distribuye entre los acreedores por contribución. Esto supone que los bienes del deudor no bastan para pagar sus deudas íntegramente; lo que sucede amenudo cuando estos bienes están embargados, pues el embargo es la señal aparente de la quiebra. Si el deudor estuviera en condición de pagar sus deudas no se dejaría embargar sus bienes, pues la expropiación concluye la ruina, destruyendo su crédito. Si los bienes son insuficientes todos los acreedores deben perder una parte de sus créditos en el sentido de que el precio de los bienes se distribuye entre ellos por *contribución*, porque contribuyen todos en la pérdida común en la proporción de lo que se les debe.

Se pregunta por qué los acreedores más antiguos no prevalecen á los que tienen derechos posteriores. La equidad parece exigir que sean preferidos. Han tratado con el deudor en un momento en que éste era aún solvente, y es porque lo era por lo que no estipularon garantía. Debieron contar con los bienes que poseía el deudor cuando el contrato. ¿No es injusto que unos acreedores posteriores vengán á quitarle esta prenda? Se contesta, y la respuesta es perentoria, que el deudor conserva la libre disposición de sus bienes; puede enajenarlos, y enajenándolos los subtrae á la prenda de sus acreedores; puede también disponer de ellos indirectamente contrayendo nuevas deudas, sin que los acreedores puedan quejarse de las actas por las que disminuye su patrimonio, á no ser que obre en fraude de sus de-

rechos. Sólo hay un medio para que los acreedores aseguren los bienes que el deudor posee cuando el contrato es estipular una hipoteca que les da un derecho en estos bienes, derecho que el deudor no puede comprometer ni enajenar, ni por nuevas deudas que contraiga.

La antigüedad por sí sola no es una causa de preferencia. La razón es que los acreedores personales no adquieren ningún derecho actual en los bienes de su deudor; pueden sólo embargarlos cuando el deudor no paga lo que debe; es decir, cuando cae en quiebra; en este momento todos pueden obrar, aun los que sólo tienen un crédito á plazo, puesto que la quiebra arrastra el decaimiento del plazo. Así, aunque contraídas en épocas diferentes, las deudas tienen realmente la misma fecha en lo que se refiere á los derechos de los acreedores en los bienes, es el día en que surge la quiebra; en este momento todos pueden obrar; todos tienen, pues, un solo y mismo derecho en los bienes. (1)

280. La ley dice que el precio de los bienes se distribuye entre los acreedores por contribución, pero añade: «A no ser que existan entre los acreedores causas legítimas de preferencia.» Cuando hay acreedores privilegiados ó hipotecarios la distribución se hace por orden, puesto que hay un lugar establecido entre los diversos acreedores por razón de la preferencia que unos tienen en los otros. Es, pues, el Código de Procedimientos el que determina las reglas según las cuales se hace la *distribución*; la ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada fija el procedimiento en materia de lugar ú orden.

Núm. 2. De los créditos hipotecarios y privilegiados.

281. «Las causas legítimas de preferencia son los privilegios ó hipotecas» (art. 9 y Código Civil, art. 2094). Hay

¹ Compárese Durantón, t. XIX, p. 6, núm. 5 y Troplong, núm. 14, que dan otras razones, poco satisfactorias en nuestro concepto.

diferencias considerables entre los acreedores personales y los acreedores que gozan de un derecho de preferencia. La palabra *preferencia* indica la diferencia esencial; los acreedores hipotecarios y privilegiados se pagan de preferencia á los acreedores personales. Tal es el objeto y la ventaja de las garantías reales que el acreedor estipula que la ley ó el deudor por testamento le conceden. Los acreedores quirografarios corren siempre el riesgo de la insolvencia del deudor; la hipoteca y el privilegio los pone al abrigo de este peligro. Para realizar su derecho de preferencia á los acreedores deben comenzar por expropiar al deudor. A este respecto están en la misma línea que los acreedores personales; sólo tienen esta ventaja: que no necesitan dirigirse á la justicia para obtener un título ejecutorio; resultando la hipoteca y el privilegio inmobiliario de actas auténticas los acreedores pueden directamente perseguir la expropiación del deudor; pero esto no es una diferencia esencial entre ambas categorías de acreedores, pues el acreedor personal puede también tener un título auténtico, en este caso está en la misma línea que el acreedor hipotecario ó privilegiado. Pero éstos tienen una garantía que siempre falta al acreedor personal. Lo que acabamos de decir de los acreedores personales supone que el deudor posee todavía los bienes que forman su prenda; si los ha enajenado los acreedores quirografarios no pueden ya perseguir la expropiación, puesto que no tienen el derecho de persecución; mientras que los acreedores hipotecarios y privilegiados, teniendo un derecho real, pueden perseguir los bienes gravados en poder de cualquier detentor; esto es una consecuencia de la realidad de su derecho y una precisa garantía, puesto que sin el derecho de persecución la prenda especial que han estipulado les escaparía por la enajenación que el deudor hiciera como escapa á los acreedores personales.

La garantía real ofrece todavía otra ventaja á los acreedores hipotecarios limitando el poder absoluto que el deudor tiene en sus bienes. Para con los acreedores personales el deudor permanece propietario con el poder de usar y abusar de la cosa, aunque sus actos fueran perjudiciales á sus acreedores, á no ser que hayan sido hechos en fraude de sus derechos. Cuando el deudor ha consentido una hipoteca en provecho de su acreedor ya no puede hacer nada para disminuir las seguridades que dió; bajo pena de perder el beneficio del plazo; es decir, bajo pena de resolución del contrato (art. 1188). Aunque el inmueble hipotecado llegare á perecer ó á deteriorarse sin el hecho del deudor el crédito se volvería exigible porque la garantía real es la condición bajo la cual el acreedor trata; sólo que en este caso el deudor está admitido á dar un suplemento de hipoteca (art. 2131 y Ley Hipotecaria, art. 79). Volveremos á esta materia más adelante.

Hay todavía una diferencia entre los acreedores hipotecarios y los personales. Estos corren el riesgo de ver disminuir su prenda por las nuevas deudas que contrae el deudor; el acreedor hipotecario está al abrigo de este peligro, su derecho grava un inmueble, el cual está desmembrado en su favor; el deudor puede en verdad consentir nueva hipoteca, pero el último acreedor quedará en segundo lugar si el primero tuvo el cuidado de tomar inscripción.

La necesidad de hacer la hipoteca pública establece una última diferencia entre el acreedor hipotecario y el acreedor personal. Esta no tiene formalidad que cumplir para conservar su prenda, puesto que esta prenda no le da ningún derecho contra el adquirente ni contra un acreedor posterior; era, pues, inútil someterlo á una publicidad en interés de los terceros. No sucede así con la hipoteca, ésta da al acreedor una preferencia en los acreedores quirografarios y en los acreedores hipotecarios posteriores en lugar; los terceros están,

pues, interesados en que la hipoteca se publique; una hipoteca no inscrita no existe para con ellos.

282. Los derechos de los acreedores privilegiados difieren según que el privilegio versa en inmuebles ó en los muebles. Según la ley belga los acreedores privilegiados en los muebles no tienen ya preferencia para con los acreedores hipotecarios; sólo hay un privilegio que se extiende á muebles é inmuebles, el privilegio de gastos en justicia, y aun no se puede oponer más que á los acreedores en cuyo interés se hicieron los gastos. Los acreedores privilegiados en muebles no tienen, pues, preferencia más que sobre la masa mobiliaria. Se asimilan á los acreedores personales en el sentido de que no gozan del derecho de persecución, con excepción del dador. Aunque prevalezcan á los acreedores personales sus derechos no tienen que publicarse.

En cuanto á los acreedores privilegiados sobre los inmuebles sus derechos son los de los acreedores hipotecarios; tienen derecho de persecución; su privilegio debe ser publicado. Difieren de los acreedores hipotecarios en un punto: es que gozan de un doble lugar de preferencia: se les paga de preferencia á los acreedores personales y prevalecen también á los acreedores hipotecarios.

Las relaciones de los acreedores privilegiados entre sí difieren grandemente de las que existen, por una parte, entre los acreedores personales y, por la otra, entre los hipotecarios; cuando hay conflicto entre los acreedores privilegiados la preferencia se fija según las diferentes cualidades de los privilegios; es independiente de la fecha en que tomó nacimiento el privilegio, y tampoco depende de la inscripción en lo relativo á los privilegios inmobiliarios. La razón es que el privilegio tiene su causa y su fundamento en el favor que merece la calidad de su crédito. El legislador no podía, pues, poner todos los privilegios en una misma línea, como lo hace con los créditos quirografarios, que tie-

nen todos el mismo favor; debía, por el contrario, establecer un lugar entre los créditos privilegiados según sus diferentes calidades. Por otra parte, la publicidad es indiferente en lo relativo al orden de los privilegios; la inscripción no añade nada al favor que se debe á un crédito; puede, pues, suceder que un privilegio inscripto al último esté preferido al que fué inscripto el primero. En principio lo mismo pasa cuando hay conflicto entre un acreedor privilegiado y un hipotecario, porque la cualidad del privilegio prevalece á una garantía hipotecaria que puede estar ligada indiferentemente á toda clase de crédito, por muy poco favorecido que sea.

283. ¿Los privilegios y las hipotecas son las únicas causas de legítimas preferencias? Si se atiende uno al texto de la ley la afirmativa no es muy dudosa. El art. 8 establece como regla general que los derechos de todos los acreedores son iguales; de ahí la consecuencia de que el precio de los bienes que les sirven de prenda se distribuye entre ellos por contribución. Esta regla recibe una excepción: «A menos, dice la ley, que existan entre los acreedores causas de legítima preferencia.» Los términos del art. 8 indican que se trata de una excepción á la regla que establece. Queda por definir esta excepción: esto es lo que hace el art. 9 (Código Civil, artículo 2094) diciendo que «las causas legítimas de preferencia son los privilegios y las hipotecas.» Siendo una excepción estas causas de preferencias legítimas son por esto mismo de estricta interpretación; no se pueden, pues, admitir otras causas de preferencia que las hipotecas y los privilegios. La interpretación restrictiva que damos á la ley está también fundada en razón. En efecto, los derechos de los acreedores en los bienes de su deudor son de interés general; el crédito y, por consiguiente, la riqueza pública dependen de ellos. Por esto es que la ley tiene cuidado de determinar y limitar las causas de preferencia; prescribe

también las condiciones de publicidad bajo las que ciertos créditos ó ciertos acreedores gozan de una preferencia para con la masa quirografaria; si hubiera otras causas de preferencia que las establecidas por la ley en el art. 9 (Código Civil, art. 2094) los terceros ya no podrían tratar con seguridad el objeto que el legislador tuvo al organizar la publicidad del régimen hipotecario no se alcanzaría. Luego en el espíritu de la ley las causas de preferencia son de la más estrecha interpretación.

Sin embargo, la cuestión está controvertida; se admiten generalmente dos causas de preferencia que no están mencionadas en el art. 9: el empeño y el derecho de retención. En realidad la primera se confunde con la segunda; no se trata de la prenda que da un privilegio al acreedor, por tanto, un derecho de preferencia, se trata de la anticresis, que no da ningún privilegio al acreedor; éste no tiene más que un derecho de retención; pero se pretende que puede oponer este derecho á los terceros. Este mismo derecho de retención existe también en otros casos, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de la doctrina de los autores. ¿Dará siempre al acreedor un derecho de preferencia contra los terceros; es decir, un derecho real? Lo que hemos dicho de la anticresis prejuzga nuestra opinión. En nuestro concepto el acreedor anticresista no puede oponer su derecho de retención más que al deudor; no puede prevalecerse de él contra los terceros (t. XXVIII, núms. 561-573). Nos queda por ver si el derecho de retención es un derecho real en los demás casos en que el Código Civil lo admite, y si se puede extender este derecho á casos no previstos por la ley.

Núm. 3. Del derecho de retención. (1)

I. ¿Qué cosa es el derecho de retención y cuáles son sus efectos?

284. El Código Civil no menciona, en términos generales, un derecho de retención, sólo da, en ciertos casos, al acreedor el derecho de retener la cosa que está obligado á devolver hasta que el deudor satisfaga sus obligaciones cuando éstas se relacionan á la cosa sujeta á la restitución. Nos parece que el silencio de la ley es demasiado significativo. ¿Si el legislador hubiera entendido hacer del derecho de retención un derecho general no lo hubiera dicho, como lo hizo, por ejemplo, con el derecho de resolución subentendido en los contratos sinalagmáticos? Debería haberlo dicho en la opinión que liga una preferencia al derecho de retención. En efecto, toda preferencia entre acreedores es una excepción á la regla (núm. 283) y legislador sólo puede consagrar las excepciones porque hacer una excepción á la regla es hacer la ley derogándola. Si, pues, los autores del Código hubieran querido restablecer un derecho general de retención lo hubieran dicho, y aun debieran haberlo hecho terminantemente. También debieran determinar las condiciones bajo las que el acreedor está admitido á oponer á los terceros su derecho de retención, porque este derecho conduce á una preferencia entre los acreedores; y está en el espíritu de la legislación nueva que los terceros estén informados de la existencia de los derechos reales que se les pueden oponer. También se debió decir quiénes son los terceros contra los que el acreedor puede prevalecerse de su derecho de retención; esta cuestión, tan importante como difícil, no la puede resolver el intérprete; la ley sólo puede sepa-

1 Hay muchas monografías en la materia:
 Cabrye, Del derecho de retención, París, 1860.
 Glassón, Del derecho de retención, Strasburgo, 1862.
 Gislain, De las mejoras y del derecho de retención. Namur.

rar á tales terceros, si há lugar, y admitir á tales otros. En fin, el legislador debió precisar los efectos del derecho de retención; son relativos á los terceros, luego también al interés general. ¿Se concibe que los autores del Código no se hayan trasladado á la doctrina en semejante materia? Esto es imposible porque el legislador no puede delegar á los intérpretes un poder que sólo él tiene la misión de ejercer. En realidad no lo ha hecho, guarda silencio acerca del derecho de retención. Nuestra conclusión es que este pretendido derecho de preferencia, considerado como regla general, no existe bajo el imperio del Código Civil.

285. Se ha buscado en el derecho romano un apoyo al derecho de retención. Lo cual es olvidar la ley de 30 Ventoso, año XII, que sin cesar se debe recordar á los intérpretes; abroga las leyes romanas en materias que son objeto del Código Civil; y el Código trata del derecho de retención, puesto que los concede en ciertos casos; lo que basta para que el derecho romano no pueda ser invocado; lo apartamos con un fin de *no há lugar*. Si establece el derecho de retención como un derecho general lo recusamos porque el Código no conoce derecho de retención con tal título. Si sólo admite el derecho de retención en ciertos casos lo apartamos también en los casos que el legislador moderno no lo ha reproducido; sólo la ley tiene el poder de fijar esta materia. Fuera hasta muy azaroso recurrir al derecho romano en los casos en que la ley antigua y la nueva ley consagran el derecho de retención, pues el derecho romano difiere del derecho moderno en lo relativo á los efectos de los contratos sinalagmáticos. No admite la condición resolutoria tácita que el Código Civil subentiende. El derecho romano difiere también de nuestro derecho en un punto esencial; descansa en la clandestinidad; no tiene ningún cuidado de los terceros, ignora hasta la idea del crédito; mientras que nuestro régimen hipotecario tiene por base la publicidad y

siempre prevee el interés de los terceros, que se confunde con el interés general. Autorizarse del derecho romano para completar el Código Civil en esta materia es hacer un singular anacronismo: es nada menos que retrogradar veinte siglos. (1)

286. En nuestro concepto hay que atenerse estrictamente á los textos del Código. Hablar de un derecho general de retención cuando el Código nada dice de este pretendido derecho es entrar en una vía abstracta, hasta ilegal, puesto que es entrometerse en el poder del legislador. De esto la incertidumbre extremada que reina en esta materia, lo que es inevitable, haciendo cada autor la ley que le conviene. No puede tratarse de un derecho de retención más que en el caso en que la ley lo concede. Diremos otro tanto de los efectos que produce el derecho de retención. ¿Cómo determinar los efectos de un derecho que el Código ignora? Esto es colocarse fuera de la ley, cuando la misión del intérprete es interpretarla. En cada caso que el Código Civil prevee se debe preguntar lo que es el derecho de retención que la ley consagra, cuáles son las condiciones requeridas para que exista, cuáles los efectos que la ley le da.

El art. 867 dice: «El coheredero que devuelve un inmueble en naturaleza puede *retener* la posesión hasta el reembolso efectivo de las sumas que le deben por expensas y mejoras.» Esto es el derecho de retención bajo su forma más sencilla. Uno de los herederos debe devolver un inmueble que le fué dado; sus coherederos tienen que pagarle sus expensas que han mejorado la cosa; para asegurar al heredero donatario el reembolso de sus gastos la ley le permite retener la posesión del inmueble hasta que sus coherederos

1 Esto es lo que hace Rauter, Del derecho de retención [Revista de Legislación, 1839, X, p. 430; Revista Extranjera, 1841, VIII, p. 769; Revista de derecho francés y extranjero, 1844, I, p. 565]. Véase Revista de las revistas de derecho, t. III, p. 160; Battur, t. I, núm. 100. En sentido contrario, Cotelle, Privilegios é Hipotecas, núm. 49.

le hayan indemnizado. Este derecho concedido al heredero es una garantía; ¿es una garantía real un derecho que pueda oponer á los terceros? La cuestión no tiene sentido; la devolución sólo se debe por el coheredero á su coheredero (art. 857); no puede, pues, tratarse de terceros; todo pasa entre coherederos; uno devuelve el inmueble, los demás lo indemnizan de sus anticipos. ¿Hay en esto un derecho de preferencia? La cuestión, lo repetimos, no tiene sentido. El heredero acreedor de la indemnización no está en conflicto con nadie; el art. 867 lo supone; sólo hay en presencia un heredero y coherederos deudores. ¿Por qué la ley da la posesión al heredero acreedor de la indemnización? Es por una consideración de equidad, como lo hemos dicho en otro lugar (t. XI, núm. 19).

¿Qué sucede con las teorías de los autores en presencia de este derecho de retención? Cada autor tiene su sistema. En nuestro concepto el que más se acerca á la verdad es Larombière; liga el derecho de retención al principio sobre el que está fundado el derecho de resolución: (1) la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes interesadas. ¿Pueden los herederos exigir que su coheredero donatario cumpla la obligación de devolución sin que ellos mismos cumplan la de indemnizarle por sus gastos? Hasta la teoría de Larombière no recibe aplicación directa en el caso del art. 867; no hay ninguna *convención* entre los coherederos; los principios de los contratos sinalagmáticos están, pues, fuera de causa.

287. El vendedor está obligado á entregar la cosa y el comprador debe pagarle el precio. Este es un contrato sinalagmático y obligaciones recíprocas. Si el vendedor entregara la cosa y el comprador no pagara el precio el ven-

1 Larombière, Teoría de las obligaciones, t. II, p. 468, núm. 37 del artículo 1186 [edición belga, t. I, p. 496].

dedor podría promover la resolución ó perseguir el pago del precio con privilegio. Sólo hay un medio sencillito para resguardar sus intereses: es no entregar hasta que el comprador pague, lo que obligará á este á pagar para entrar en posesión de la cosa. En este sentido el art. 1612 dispone que el vendedor no está obligado á entregar la cosa si el comprador no paga el precio de ella. Esto no es una resolución de la venta, es una suspensión de los efectos que la venta produce. El derecho de retención está siempre fundado en la equidad. Conforme al derecho estricto el vendedor tendría que entregar, á reserva después de promover la resolución ó de exigir el pago del precio. La equidad indica una vía sencilla que el legislador consagra: ambas obligaciones correlativas se ejecutarán simultáneamente; el vendedor entregará la cosa y el comprador la pagará.

¿Tiene el derecho de retención del vendedor un carácter de realidad? Es seguro que en el texto no hay ningún rastro de derecho real. La ley supone que el comprador pide la entrega de la cosa; el vendedor puede oponerle una excepción: pagad la cosa y la tendréis. ¿En que se funda esta excepción? Únicamente en la equidad. No es seguramente en el derecho, pues conforme á derecho el comprador es propietario y puede reivindicar la cosa contra el vendedor, quien contestaría en vano que el comprador no le ha pagado el precio; esto no impide que sea propietario. Supongamos que el comprador enajene la cosa, como tiene el derecho de hacerlo. El tercer adquirente reivindica contra el vendedor; ¿podrá éste oponerle su derecho de retención? Nó, seguramente, pues el derecho de retención supone partes contratantes, teniendo cada cual una obligación correlativa de la de la otra parte; este derecho está fundado en la equidad, y el tercer adquirente no está obligado para con el primitivo vendedor, y éste invocaría en vano la equidad; el propietario contestaría que su derecho prevalece á la

equidad y que, además, ésta no está en causa; todo poder entre las partes contratantes no tiene ningún valor para con los terceros. (1)

Se objeta el texto del Código que, se dice, permite al vendedor oponer su derecho á los terceros acreedores. El comprador cae en quiebra civil ó mercantil; según el art. 1613 el vendedor no está obligado á la entrega aunque hubiera concedido un plazo; la ley da la razón: es que el vendedor estaría en este caso en inminente peligro de perder el precio; luego cuando los acreedores del comprador reclaman la entrega el vendedor puede oponerles su derecho de retención. (2) Contestaremos que la disposición del art. 1613 se explica sin que se tenga que inducir de ella que el derecho de retención es un derecho real. Mientras que el comprador no paga el precio su derecho de propiedad no puede estar resuelto, y la resolución retrotrae contra los terceros, puesto que el comprador está considerado como no haber sino nunca propietario; el vendedor conserva, pues, un derecho de propiedad condicional en la cosa; es en virtud de este derecho de propiedad como puede rechazar á los acreedores del comprador, no es en virtud de su derecho de retención. En otros términos: si el comprador cae en quiebra la ley misma resuelve la venta mientras que la cosa no ha sido entregada, porque no sería justo que el vendedor fuera desposeído de la cosa sin recibir su precio.

288. El art. 1673 concede el derecho de retención al comprador cuando la venta se hizo con pacto de rescate. El vendedor que usó de su derecho de resolución debe reembolsar el precio y las reposiciones necesarias y útiles; no puede entrar en posesión sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones. ¿Es este derecho de retención un derecho real que el comprador puede oponer á los ter-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 259, núm. 260.

2 Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 687, núm. 224.

ceros? Se supone que el vendedor hipotecó el inmueble; la hipoteca será válida si la venta está resuelta; el acreedor hipotecario persigue al comprador; ¿este puede oponerle su derecho de retención? Todos están acordes en el derecho del comprador; puede exigir que el acreedor satisfaga las obligaciones que el art. 1673 impone al vendedor. ¿Cuál es el motivo de decidir? Ahí está la verdadera dificultad. La venta con pacto de rescate es una venta hecha bajo condición resolutoria expresa, está resuelta cuando el vendedor usa del pacto. Pero el ejercicio del rescate está sometido á condiciones; la resolución es condicional en el sentido de que está subordinada al cumplimiento de las obligaciones que el art. 1673 impone al vendedor. Mientras que estas obligaciones no están cumplidas la resolución permanece suspensa; el adquirente es, pues, propietario condicional. Así es que el adquirente tiene más de un derecho de retención; es propietario y no puede ser despojado de su derecho de propiedad sino bajo la condición de que el precio le sea restituido y que se le indemnice de sus expensas. Si un acreedor hipotecario le persigue puede oponerle su derecho de propiedad, pues la hipoteca sólo es válida bajo la condición de que la propiedad esté resuelta; y sólo lo está mediante la restitución del precio y el reembolso de los gastos necesarios y útiles. Así, es el derecho de propiedad del comprador el que tiene en jaque al derecho del acreedor hipotecario, no es el simple derecho de retención. (1)

289. El art. 1749 concede á los arrendatarios el derecho de retención contra el adquirente que usa de su derecho de expulsarlos estipulado en el contrato; el arrendatario tiene derecho, en este caso, á una indemnización; no puede ser expulsado mientras que no le paga el deudor y, en su falta, el nuevo adquirente, los daños y perjuicios á que tiene de-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 259, núm. 260. En sentido contrario Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 683, núm. 223.

recho. De que el arrendatario tiene derecho á oponer su derecho de retención al adquirente que es un tercero ¿debe inducirse que la retención es un derecho real? En el caso el adquirente no es un tercero. ¿Por qué tiene el arrendatario derecho á una indemnización y por qué el adquirente debe pagarle á falta del dador? Es porque en la teoría del Código el adquirente está subrogado á las obligaciones del dador, toma su lugar y, en consecuencia, no es tercero. No se puede decir, pues, que el derecho de retención del arrendatario es un derecho real que puede oponerse á cualquier tercero.

290. Nada decimos del derecho de retención que la ley concede al depositario hasta el entero pago de lo que se le debe por razón del depósito (art. 1948). Se trata de un derecho en un muelle y este derecho no es un derecho real. No se dirá que el depositario tiene un derecho real en la cosa, porque la ley le permite retener la cosa depositada para asegurarse del pago de las expensas necesarias que hizo en la cosa.

291. Es el derecho de retención del acreedor anticresista (art. 2087) el que suscitó los más vivos debates. Traducimos á lo dicho en el título *Del Empeño*. Se hace una objeción que se dice ser decisiva; es que el legislador mismo ha zanjado la dificultad. El art. 445 del nuevo Código de Comercio (ley de 18 de Abril de 1851) declara nula, relativamente á la masa, cuando ha sido hecha en los diez días que precedieron á esta época, toda hipoteca y todo derecho de anticresis ó de prenda constituidos en bienes del deudor por deudas anteriormente contraídas. La ley pone en la misma línea la anticresis y la hipoteca; esto implica que el acreedor anticresista puede oponer su derecho de retención á la masa; luego es un derecho real. Contestamos que la ley acerca de las garantías es una ley enteramente especial que no puede servir para interpretar el Código Civil. La

disposición del art. 445 es la reproducción de la ley francesa acerca de las quiebras, y en Francia la anticresis está generalmente considerada como un derecho real; sin embargo, la cuestión está controvertida y la controversia subsiste después del nuevo Código de Comercio. En Bélgica la opinión contraria es la que domina, y ha sido implícitamente consagrada por nuestra Ley Hipotecaria, que fué promulgada el mismo año que la ley sobre quiebras. Hay, pues, que apartar el Código de Comercio é interpretar el Código Civil por los principios generales de derecho; creemos haber demostrado que los principios no dejan mucha duda acerca de la naturaleza del derecho del anticresista.

292. ¿Cuál será nuestra conclusión? ¿Los textos que consagran el derecho de retención dan un derecho real á quien está autorizado á conservar la posesión de un inmueble hasta el pago de lo que le debe el propietario de la cosa? De todos los artículos que acabamos de estudiar sólo hay uno que permite al poseedor de un inmueble oponer su derecho de retención al tercero acreedor: es el art. 1613. La ley no dice que el vendedor puede oponer su derecho á cualquier tercero; luego no es un derecho real: dice sólo que el vendedor puede oponer su derecho á los acreedores del comprador caído en quiebra civil ó mercantil. Hemos dicho que la preferencia que la ley concede al vendedor en los acreedores del comprador se explica en derecho por la consideración de que el vendedor que no entregó la cosa al comprador permanece propietario en el sentido de que la venta puede ser resuelta, y cuando el comprador cae en quiebra todo pago se hace imposible. Aunque no se admitiera esta explicación, aunque se decidiera que el vendedor puede oponer su derecho de retención á los acreedores, no como vendedor y propietario sino en virtud del derecho de retención que la ley le concede, no se podría inducir de ello que el derecho de retención es un derecho real. El arren-

damiento puede también ser opuesto al adquirente y, sin embargo, el arrendamiento no da al arrendatario más que un derecho de crédito contra el dador. Los textos no deciden, pues, la dificultad y hay que volver á los principios. Y hay un principio que nadie contesta: es que los derechos reales que gravan un inmueble dan el derecho de persecución. ¿El derecho de retención da el de perseguir? Nó; esto es evidente, puesto que el derecho que la ley concede consiste precisamente en retener la cosa. Debiera, pues, decirse que el derecho de retención es un derecho real de naturaleza especial; pero ¿en qué se funda esta realidad imperfecta? ¿En los textos? No los hay. ¿En los principios? Se dice que el derecho de retención es una garantía y que para ser eficaz la garantía debe ser real. (1) Los intérpretes que razonan así deberían comenzar por probar que el legislador quiso dar una garantía completa á los que gozan del derecho de retención. Si lo hubiera querido les hubiera concedido un privilegio con el derecho de persecución. (1) Son los intérpretes los que suponen que la garantía debe ser completa y que concluyen de esto que debe ser real. Esto es olvidar su papel y emprender en los derechos del legislador. La ley sólo puede determinar la extensión de la garantía que sólo tiene el poder de conceder. Para unos da una preferencia para con los terceros, á los otros da una preferencia sólo para con los acreedores quirografarios; los hay, en fin, y son precisamente los detentores á quienes protege únicamente contra el propietario que reclama su cosa y que tiene obligaciones que cumplir hacia el poseedor relativamente á la cosa. ¿Con qué derecho los intérpretes extienden á los terceros una garantía que la ley ha limitado á las partes contratantes?

1 Valette, De los privilegios é hipotecas, p. 8, núm. 7. Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 663, núm. 215.

2 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 495, núm. 1245.

Es, se dice, que los legatarios no tienen más derecho que el de su autor; y si el deudor debe respetar el derecho de retención del acreedor debe pasar lo mismo con aquellos á quienes le transmiten derechos sobre la cosa que está gravada con el derecho de retención. (1) Sin duda si el derecho de retención gravara la cosa que el acreedor retiene los adquirentes y los acreedores hipotecarios posteriores no podrían ejercer sus derechos más que sobre la cosa así gravada y desmembrada. Pero si la cosa no está gravada, si sólo el deudor está obligado, si el acreedor no tiene más que un derecho parcial, es de evidencia que los adquirentes y los acreedores hipotecarios no tienen la obligación que ligaba á su autor. Se aplica, pues, de una manera falsa la máxima que no permite transmitir á otros más derechos de los que se tienen. Este principio es verdadero cuando se trata de derechos reales, no se le puede invocar contra los legatarios del que se ha obligado personalmente; las obligaciones pasan á los legatarios á título universal y no á título particular. Insistimos acerca de este punto que es esencial aunque elemental; en el título *Del Empeño* se contestó la objeción (t. XXVIII, núm. 570).

Por esto los textos no establecen la realidad del derecho de retención, y conforme á los principios este derecho es personal. (2)

II. ¿En qué caso existe el derecho de retención?

293. Las opiniones se han dividido en esta cuestión como en todo lo relativo al derecho de retención. Si se admite que el derecho de retención es real resulta al reten-

1 Durantón, t. XIX, p. 9, núm. 8. Mcurlón, Repeticiones, t. III, p. 495, núm. 1244. Pont, Pequeños contratos, t. II, p. 711, núm. 1292.

2 Troplong, Del Empeño, núms. 442 y siguientes y 552 y siguientes. Troplong, De los Privilegios é Hipotecas, t. I, núms. 255 y siguientes. Larombière, Obligaciones, t. II, núm. 46 del art. 1186 (p. 500 de la edición belga, t. I). Compárese Bruselas, 13 de Marzo de 1861 (Pasicrisia, 1861, 2, 222).

tor un derecho de preferencia que no tiene todos los caracteres del privilegio, pero que, sin embargo, da al acreedor la preferencia sobre los terceros adquirentes y acreedores. En esta opinión nos parece de evidencia que el derecho de retención no existe sino en virtud de una disposición terminante de la ley. Esto resulta del principio consagrado por los arts. 2093 y 2094 (Ley Hipotecaria, arts. 8 y 9). La igualdad de los acreedores es la regla, la preferencia de que algunos gozan con relación á los demás es una excepción (núm. 283), y la ley limita la excepción á los privilegios é hipotecas.

Para substraerse al texto de los arts 2093 y 2094 se ha ensayado acogerse á los principios generales reclamando el beneficio del derecho común. ¿Cuál es este derecho común? Hé aquí el principio que se invoca. En los casos, dicen, en que existan dos obligaciones correlativas una de otra ninguno de los dos deudores puede ser obligado á ejecutar su compromiso si el otro no lo ha ejecutado ya ó si no ofrezca ejecutarlo el suyo. Esta argumentación desde luego supone que en todos los casos en que se reclame el derecho de retención existe una convención bilateral que engendra obligaciones correlativas á cargo de cada una de las partes contratantes. Y el derecho de retención tiene lugar en virtud de la ley en el caso en que no haya habido ninguna convención entre las partes (art. 867) y en caso en que sólo una de las partes esté obligada (art. 1948), y los autores la admiten en otros contratos unilaterales. La argumentación por su base es nula; para justificar un derecho general se necesita una razón general. Hay más. Aun suponiendo que hubiera dos obligaciones correlativas no se podría concluir que el derecho de retención es su consecuencia. Todo deudor está obligado á prestar lo que debe; no puede oponer á su acreedor que éste es deudor suyo, á menos que

P. de D. TOMO XXIX—47

se halle en el caso en que la ley permite la compensación. Es sólo por excepción como el deudor puede retener la cosa que debe restituir fundándose en una obligación que incumbe á su acreedor. Por lo que lejos de ser un derecho general la retención es un derecho excepcional, lo cual no permite al intérprete extenderlo fuera de los casos previstos por la ley. El pretendido principio general que se nos opone no es inadmisibile en los contratos sinalmáticos, aunque las obligaciones que resultan sean correlativas á tal punto que una sea condición de la otra. Lo que no impide que cada uno de los deudores deba cumplir con su obligación; todo lo que en principio hay derecho á hacer es forzar á la otra parte á cumplir con las suyas. No podría tampoco, conforme al rigor del derecho, pedir la resolución del contrato; si el Código Civil lo permite es por equidad. Lo que demuestra que la equidad, que también se invoca para justificar el derecho de retención, no da ningún derecho; se necesitaba una disposición terminante de la ley para subentender la condición resolutoria en los convenios bilaterales, y se necesitaría también una disposición de la ley para autorizar el derecho de retención, porque este derecho deroga igualmente el rigor de los principios por razones de equidad. Estas consideraciones se dirigen al legislador; el intérprete no puede oír la equidad, debe obedecer á las leyes y á los principios que emanan de ella. (1)

Se pretende que la ley hace con la equidad un principio general, puesto que en los términos del art. 1134 las convenciones se deben ejecutar de buena fe. (2) ¿Es que esta disposición autoriza al deudor á suspender la ejecución de su obligación hasta que el acreedor haya llenado la suya? Todo lo que quiere decir la ley es que en la legislación moderna no hay contratos de derecho estricto y contratos

1 Mourlón, Examen crítico, t. II, ps. 729 y siguientes, núm. 231.

2 Aubry y Rau, t. III, . p115, nota 5, pfo. 256 bis (4.ª edición).

de buena fe; la buena fe se ha convertido en una regla general que se debe tener en cuenta en todas las convenciones. ¿Qué tiene esto de común con el derecho de retención? Lo que prueba que el art. 1134 es ajeno al debate es que hay casos en que la ley admite el derecho de retención sin que haya un contrato: tal es el art. 867, y vamos á decir que la doctrina lo admite en favor del poseedor de buena fe, también sin que haya convención. Se debe, pues, apartar la máxima formulada por el art. 1134. Esta es una de esas interpretaciones forzadas á las que los intérpretes recurren para hacer decir á la ley lo que no dice. Si este sistema de interpretación prevaleciera conduciría á la más absoluta arbitrariedad; cada intérprete sería un legislador, y habría tantos códigos como autores. Preguntamos si esto es el objeto de la codificación. El legislador quiso dar fin á la arbitrariedad y á la pretendida equidad de los parlamentos. ¿Sería para colocar la arbitrariedad y la equidad de la doctrina? Se va á ver á qué anarquía conduce esta falsa interpretación en nuestro debate: los autores no se entienden ni en el principio ni en su aplicación.

294. ¿En qué casos y bajo qué condiciones se puede admitir el derecho de retención? La cuestión es ya singular. En derecho no se trata de lo que puede hacer el juez sino de lo que debe hacer. Y ¿puede tratarse de lo que debe hacer cuando no hay ley? Tal es, sin embargo, la situación del juez cuando decide si hay ó no lugar al derecho de retención; puede admitirlo ó rechazarlo, sin que su decisión esté sometida á casación. De esta manera habría un derecho sin sanción en el sentido de que el juez lo puede despreciar impunemente y que también puede admitirlo de un modo arbitrario. Le es necesario, no obstante, un principio, puesto que está obligado á motivar sus decisiones. ¿Cuál es este principio?

Los que admiten el derecho de retención como regla ge-

neral dicen que se puede extender á todos los casos en que el detentor de la cosa se encuentre acreedor en razón de expensas necesarias ó útiles hechas sobre la cosa misma cuya restitución se le pide; hay en este caso *debitum cum re junctum*, como dicen en la escuela; lo que justifica el derecho de retención. Por aplicación de este principio se exigen tres condiciones para que haya lugar al derecho de retención. Desde luego, la posesión de la cosa ajena por un tercero. En segundo lugar, una obligación por parte del propietario para con el detentor; pero no basta toda especie de crédito para autorizar al detentor á retener la cosa, se necesita que el crédito se ligue á las relaciones que existen entre el posesor y el propietario; es decir, que sea correlativa á la obligación que tiene el detentor de restituir la cosa. El heredero donatario debe devolver á la sucesión la cosa dada; hizo en la cosa gastos en razón de los que tiene derecho á indemnización, lo que constituye una obligación á cargo de sus coherederos, obligación correlativa á la de la devolución. De aquí el derecho de retención en favor del heredero donatario. (1)

Esto no es bastante, dicen los Sres. Aubry y Rau, se necesita además que exista entre el posesor y el propietario un contrato ó un cuasicontrato. En su sistema esto es muy lógico. Fundan el derecho de retención sobre el art. 1134, lo que supone la existencia de un contrato ó, al menos, de un cuasicontrato. Pero el fundamento del sistema es poco sólido, puesto que la interpretación que se da al art. 1134 es forzada. En definitiva, se encuentra uno en la incertidumbre más absoluta en cuanto al principio y, por consiguiente, en cuanto á las condiciones del derecho de retención. Lo que es inevitable. El Código ignora el derecho de reten-

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. III, p. 115, nota 4, pfo. 256 bis. Debe agregarse Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 494, núm. 1241. Pont, Pequeños contratos, t. II, p. 709, núms. 1287 y 1288.

ción como derecho general; ¿es que los intérpretes tienen calidad para establecer un derecho y determinar las condiciones requeridas para su ejercicio? Siendo el principio cierto es claro que las consecuencias también lo son. Nos queda por exponer no la doctrina sino sus incertidumbres.

295. ¿Tiene el comodatario el derecho de retención? Consultemos la ley. Sí, dice el art. 1890, el que pide prestado está obligado á la conservación de la cosa, á todo gasto extraordinario necesario y urgente, estando el prestamista obligado á reembolsarlo. El art. 1891 agrega que cuando los defectos de la cosa prestada han causado algún perjuicio al que se sirve de ella el prestamista es responsable si los conocía y si no fué advertido por el que pidió prestado. Conforme al texto del Código la acción del que pide prestado es puramente personal.

No se dice una palabra de la que se pueda deducir que el que pide prestado goce de un derecho de retención que diera á su acción un carácter de realidad. Sin embargo, la mayoría de los autores le conceden este derecho. (1) ¿En qué se fundan? Se invoca la tradición; en nuestro concepto ésta atestigua contra los que buscan en ella un apoyo. Pothier, el guía habitual de los autores del Código, enseña que el depositario, así como el que pide prestado, tienen un derecho de retención; ¿qué ha hecho el legislador francés? Ha concedido la retención al depositario y no la dió al que pide prestado. El silencio de la ley es significativo. En efecto, la equidad, que representa tan gran papel en esta materia, arguye á favor del depositario y en contra del que pide prestado. El primero presta un servicio, y sería injusto que el depositante pudiera reclamar su cosa sin que el depositario tuviera una garantía para el reembolso de los gastos que el depósito ha necesitado; mientras que el que pide prestado recibe un servicio, y sería también injusto

1 Aubry y Rau, t. III, p. 115, nota 6, pfo. 256 bis y los autores que citan.

que pudiese retener la cosa y privar de ella al que lo ha gratificado, para transformar el préstamo en prenda. No se puede dar otra razón para justificar el derecho de retención más que el principio de las obligaciones correlativas y convencionales; pero este principio es la doctrina la que lo ha inventado, la ley no lo conoce. En todo caso la aplicación que se ha hecho no prueba en favor del principio de que se desprende. El contrato de préstamo, se dice, debe ser ejecutado de buena fe. Sin duda, ¿pero la buena fe, permite al donatario prevalecerse de su donación para causar un daño al donante? Si se trata de gastos necesarios tiene un privilegio. Si de un perjuicio causado por defectos de la cosa tiene la acción que nace del cuasidelito. ¿Por qué había de gozar de un derecho de preferencia? (1)

296. ¿Goza el mandatario del derecho de retención? En los términos del art. 1999 el mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que éste ha hecho para la ejecución del mandato y pagarle el salario cuando se ha convenido. ¿Tiene el mandatario derecho de retención para garantía de sus créditos? Igual pregunta para el agente de negocios que también tiene una acción contra el dueño, primero para que se indemnice de los compromisos personales que ha contraído y después por el reembolso de los gastos útiles y necesarios que ha hecho (art. 1375). La doctrina contesta sí y nó, y lo mismo pasa con la jurisprudencia. Hay quien distingue entre el mandatario y el gerente de negocios y quien dé al primero el derecho de retención que niega al segundo. Después se distinguen las diversas causas de créditos: el mandatario, dicen, tiene el derecho de retención para el cobro de sus anticipos desembolsados, no teniéndolo para el pago de su salario y honorarios. Si

1 Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 736, núm. 231.

consultamos la jurisprudencia aumenta la incertidumbre. Una misma corte da y niega el derecho de retención.

Se lee en una sentencia de la Corte de Bruselas: «Es de principio que todos los contratos, tanto sinalagmáticos como los que nacen de acciones directas y contrarias, como en el depósito, mandato y otros de esta naturaleza, que una de las partes no puede obligar á la otra á cumplir el contrato, á menos que ella lo haya cumplido por su parte.» Se pregunta á la Corte de Apelación qué artículo del Código Napoleón establece este principio? Lo que es de principio en una especie no lo es en otra. En 1817 la Corte de Bruselas consagró el derecho de retención como derecho general que aplica al mandatario. (1) En 1819 lo niega al mandatario administrador, por motivo de que no habiendo más que una clase de detención del inmueble para el propietario no puede invocar las disposiciones de las leyes sobre el derecho de retención en favor de los verdaderos poseedores, en razón de expensas y mejoras. (2) Hé aquí un nuevo principio en virtud del cual se debería decir que el depositario no tiene derecho de retención; ¡sin embargo, la ley se lo da! Estos pretendidos principios que se inventan para la necesidad de la causa sólo prueban una cosa: la ausencia de principio.

A la sentencia de la Corte de Bruselas, que hace de la retención un principio general, opondremos nosotros una sentencia de la Corte de Burdeos que niega este principio. No existe en nuestros códigos, dice, ninguna disposición legal que autorice á un acreedor á retener los bienes de su deudor hasta que sea pagado de lo que pretende que se le debe. El primer juez había concedido al mandatario el derecho de retención para sus anticipos sobre los objetos que se le confiaron. Por más que se recorran todos los artícu-

1 Bruselas, 13 de Noviembre de 1817 [Pasicrisia, 1817, p. 513].

2 Bruselas, 27 de Octubre de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 469).

los del Código en el título *Del Mandato*, dice la Corte, no se encontrará nada que establezca este privilegio exorbitante del derecho común, la retención de los bienes del deudor en provecho del acreedor. El Código dice que el mandatario debe ser reembolsado de sus anticipos, pero no dice más; deja, pues, al mandatario en los términos del derecho común en lo referente á las vías que debe seguir para hacerse pagar. (1) Hé aquí, en nuestro concepto, los verdaderos principios porque se fundan en textos. Sin embargo, la opinión contraria ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia. (2)

En la opinión general se reconocía el derecho de retención al abogado, á título de mandatario, con nuevas distinciones que hacemos constar sin eucargarnos de justificarlas, ya que los que las propusieron no se tomaron ese trabajo. Los abogados, se dice, pueden retener hasta el pago de su salario y desembolsos, los actos de procedimiento que son obra de ellos, pero no pueden retener los títulos y otros actos que se les hayan confiado. En cuanto á los actos y sentencias pronunciadas y regularizadas á sus costas pueden igualmente retenerlos hasta el pago de sus desembolsos relativos especialmente á estas piezas, pero no lo pueden por sus salarios. Sin embargo, les está permitido retenerlos para tazar y liquidar las costas que se les deban. (3)

297. Se admite también el derecho de retención en favor del obrero ó del fabricante á los que han sido confiadas materias primas para labrarlas ó cosas que componer; puede retener, se dice, los efectos manufacturados ó compuestos hasta el pago de su salario. (4) No hay una sola pala-

1 Burdeos, 14 de Enero de 1830 (Daloz, en la palabra Mandato, núm. 261).

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 116, nota 7, pfo. 256 bis y la jurisprudencia en el Repertorio de Daloz, en la palabra Mandato, número 259.

3 Véanse las autoridades citadas por Larombière, Obligaciones, t. II, artículo 1186, núm. 40, p. 498 de la edición belga, t. I.

4 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 116, nota 11, Debe agregarse Bruselas, 13 de Marzo de 1861 (Pasicrisis, 1861, 2, 222).

bra en la ley de este pretendido derecho. Sin embargo, la ley se ocupa de los obreros; les da un privilegio para las obras de conservación (art. 2102, núm. 3, y Ley Hipotecaria, art. 20, 4.º). Así los intérpretes agregan á la ley, la corrijen; la ley niega un privilegio á los obreros que hacen trabajos de mejoras; quizá no haga bien, pero no pertenece á los jueces modificarla; la modifican, sin embargo, dando al obrero, bajo el nombre de *retención*, un derecho de preferencia que equivale á un privilegio y que es hasta más eficaz, puesto que el privilegio se pierde por la enajenación de la cosa gravada. Los tribunales no juzgan, pues, según la ley, la hacen. Que se juzgue de ello por la sentencia de la Corte de Rouen que vamos á analizar.

Se trataba de un fabricante que blanqueaba las telas que le entregaba un negociante. Este cayó en quiebra; acción del síndico para reclamar las telas que habían quedado en posesión del blanqueador. Este opuso su derecho de retención, que calificaba de empeño. El primer juez desechó la excepción por motivo de que no había privilegio más que aquellos que la ley establece. Apelación. La Corte comienza por sentar en principio que las formalidades prescriptas por el art. 2074 para el empeño deben ser observadas en materia comercial. Pero, agrega, este principio general es susceptible de modificación, según las circunstancias y según los casos. ¡Hé aquí un singular principio! ¿Quién es juez de estas circunstancias? Los tribunales. Esto equivale á decir que los tribunales hacen el derecho á su autojo. La Corte decide después que el art. 2084 da implícitamente el privilegio de prenda al acreedor que reclama el salario de su mano de obra y que retiene como prenda la mercancía dada para manufacturarla. Esto conduce á crear un privilegio que la ley ignora y un privilegio que está sometido á las formalidades del art. 2074; de modo que los terceros se en-

contrarían primados con un privilegio sin que hayan gozado de las garantías que la ley quiso darles. La Corte concluye que un empeño semejante es válido tanto por *la naturaleza de las cosas* como por *el uso habitual del comercio*. ¡Así los privilegios se establecen por *la naturaleza de las cosas* y basta con un *uso de comercio* para consagrarlas! ¿Qué sucede en esta doctrina, si así puede llamarse, con el verdadero principio que gobierna los privilegios, á saber, que son de estricta interpretación y que, por tanto, no hay privilegio sin texto? ¡Cosa singular! Después de haber creado un privilegio que la ley ignora la Corte agrega que todo privilegio es un derecho exorbitante y que debe restringirse en límites justos y equitativos. ¿Quién marca estos límites? Siempre los tribunales; no puede ser la ley en el caso, puesto que ésta no conoce el privilegio de los trabajos de mejoras, *la naturaleza de las cosas*; es decir, el juez, crea el privilegio y por *la naturaleza de las cosas* lo limita. Después la Corte se pone á limitar dicho privilegio y acaba por concluir que el acreedor puede, en los casos así definidos, reclamar un privilegio como siendo válidamente en posesión por *la naturaleza de las cosas* y de *las circunstancias*. (1) Hé aquí lo que sucede en la jurisprudencia cuando se atreve á hacer la ley.

298. Aubry y Rau no admiten el derecho de retención donde no hay relaciones contractuales ó cuasicontractuales de un deudor con un acreedor. Este principio, que deducen del artículo 1134, es también arbitrario; hasta está en oposición con el texto de la ley, puesto que el Código concede un derecho de retención al heredero donatario contra sus coherederos aunque no exista ninguna liga de obligación entre ellos. Además, esta es una opinión aislada. Hay nuevas controversias y nuevas incertidumbres. Los terceros poseedores reconocidos por el propietario tienen derecho á una

1 Rouen, 9 de Junio de 1826 (Dalloz, en la palabra Retención, núm. 18).

indemnización, cuando son de buena fe, por los plantíos y las construcciones que hicieron. Aun cuando son de mala fe el propietario tiene que indemnizarles si quiere conservar los trabajos. ¿Goza el poseedor del derecho de retención como garantía de su indemnización? En nuestra opinión la negativa es segura; el silencio de la ley basta para decidir la cuestión. Hay controversia en la opinión general; la mayor parte de los autores conceden la retención al poseedor de buena fe y se la niegan al de mala fe. (1) La distinción parece natural y moral; en realidad no tiene razón de ser. En efecto, ¿en qué caso y bajo qué condiciones el poseedor de mala fe puede reclamar una indemnización? El propietario puede pedir la supresión de las plantaciones y construcciones á cargo de quien las haya hecho; si prefiere conservarlas tiene que reembolsar al poseedor el valor de los materiales y el precio de la mano de obra, aunque los gastos excedieran del aumento de valor; lo que sucederá amenudo. La ley considera, pues, esta indemnización como muy legítima y parece hasta concederle mayor favor del que concede al poseedor de buena fe. Esto prueba que la mala fe y la moral están fuera de causa. La equidad está en favor del poseedor. Si la equidad basta para legitimar el derecho de retención se debe concederlo al poseedor vencido. Pero la ley no la da al poseedor, lo que basta para negársela. La posesión del propietario reivindicante es ya muy dura, puesto que tiene que pagar una indemnización por trabajos que quizá no hubiera hecho; obligarlo á indemnizar al poseedor antes de que pueda entrar en posesión sería amenudo ponerlo en la imposibilidad de ejercer su derecho ú obligarlo á contratar un préstamo. La ley debía dar protección al derecho de propiedad con preferencia al hecho de posesión. (2)

1 Véase Rauter, Del derecho de retención (Revista extranjera, 1841, página 782).

2 Compárese Tarrille, en el Repertorio de Merlin, en la palabra Privilegio de crédito, sec. IV, pfo. 5, núm. 11 (t. XXV, p. 202).

299. La controversia es mayor aún y la incertidumbre más grande cuando se trata de los terceros detentores de un inmueble hipotecado. Pueden repetir sus gastos y mejoras contra los acreedores hipotecarios hasta la concurrencia del aumento de valor (art. 2175; Ley Hipotecaria, art. 103). ¿Tiene por esta parte un derecho de retención? Vamos á exponer los sistemas diversos que han sido sostenidos acerca de esta cuestión. Prueban hasta la evidencia que la doctrina se colocó fuera de la ley, lo que quiere decir que trató de hacerlo, pero lo hizo muy mal; uno de los sistemas destruye al otro y queda la duda sin solución posible, á menos que se admita, como lo creemos, que no hay derecho de retención ni ley que lo conceda.

En una primera opinión se dice que el tercero detentor tiene el derecho de retención. Y los motivos de equidad no fallan en su favor. Es un propietario que hace trabajos que tenía derecho de hacer; estos trabajos aumentan el valor del inmueble y el mayor valor aprovecha á los acreedores hipotecarios. ¿No es de justicia estricta que los acreedores le tengan cuenta de sus gastos con los que se enriquecen? El derecho á la indemnización no basta, es necesaria una garantía para el detentor y no hay otra más que la retención del inmueble. Es verdad que la ley no le da este derecho, pero ¿qué importa? ¿No es de principio que la retención pertenece de derecho pleno á todo detentor que ha conservado y mejorado el fundo que se le quiere quitar? (1) Aun otro privilegio; éste está evidentemente imaginado para la necesidad de la causa. ¿No sucede lo mismo con todo principio que los autores ponen avante? Cada cual tiene el suyo y rechaza el de los demás. Esto es la plena anarquía.

La segunda opinión niega á los terceros detentores la retención por la razón decisiva de que la ley no les concede este derecho. Pero por una inconcebible contradicción se

1 Tarrille [véase p. 339, nota 2] y Battur, t. III, núms. 491 á 507.

concede al detentor un privilegio, aunque para este privilegio se pueda decir lo que se dice de la retención: que no hay privilegio sin ley; ¿y dónde está la ley que dé un privilegio al tercero detentor? Lo que hace estas contradicciones más chocantes y, digámoslo, más desconsoladoras es que están enseñadas por un juriconsulto que se comparaba con nuestros grandes maestros y que su ciencia elevó al sitio de primer Presidente de la Corte de Casación de Francia. (1) ¿Qué ciencia la que profesa herejías que Troplong enseña con tal certeza que se creería que se trata de una verdad evidente! El es quien pronuncia esta palabra. Veamos cuál es esta evidencia. Pothier y Loyseau concedían al tercero detentor un privilegio en el inmueble que pierde. Y nada hace presumir que esta jurisprudencia haya sido abandonada por los autores del Código. ¿Qué lógica! ¿Nada hace presumir! Troplong olvida que hay una ley que abole el derecho antiguo en las materias que trata el Código. No hay, pues, nada que presumir; el legislador habla. No se le oye; y se enseña que es evidente que al conceder al tercero detentor una acción hasta concurrencia del aumento de valor, en el momento en que el inmueble va á ser vendido y el precio distribuido, la ley entendió conferirle el derecho de ejercer su repetición en el precio por preferencia á los acreedores hipotecarios. ¿Es evidente! Y esta pretendida evidencia no es ni siquiera una probabilidad. ¿La probabilidad contraria es la segura! ¿Y qué! Los autores del Código tenían á Pothier á la vista y no repiten lo que éste dice; guardan silencio acerca del privilegio y este silencio se vuelve una prueba evidente de su intención de mantener el privilegio! ¿Se establecen los privilegios en la intención del legislador ó en los textos? ¿Y quién dice que tal haya sido la intención de los autores del Código? Se dice que es porque dan

1 Troplong sólo desarrolló (núm. 838) lo que Grenier (t. II, núm. 336) y Persil (Régimen hipotecario, art. 2175, núm. 6) habían enseñado.

al tercero detentor una indemnización en el momento en que se vende el inmueble y en que el precio se distribuye. Preguntamos: ¿en qué otro momento le hubieran dado este derecho? ¿Y es el momento en que un derecho toma nacimiento el que determina la naturaleza de este derecho? Troplong prevee la objeción que se le hará: el silencio de la ley. Contesta que la preferencia no necesitaba estar escrita en los textos porque es inherente al aumento de valor. ¿Así hay privilegios tácitos! ¡Esto es una herejía jurídica como no las hay! (1)

Nada decimos del tercer sistema propuesto por los editores de Zachariæ. Los mismos autores que brillan por su exactitud se vuelven fatalmente inconsecuentes queriendo conciliar lo que es inconciliable: un derecho de preferencia con el silencio de la ley, que no da al tercero detentor ni retención ni privilegio. Aubry y Rau lo confiesan, pero por un singular artificio llegan á dar al tercero detentor un derecho de preferencia que la ley le niega. Según ellos el tercero detentor goza, para con los acreedores hipotecarios, de una acción de *in rem verso* que puede ejercer en la orden por vía de abstracción; hasta puede insertar en el cuaderno de cargos una cláusula que impone al adjudicatario la obligación de pagarle directamente el monto del aumento de valor del inmueble. Queda por probar que el tercero detentor tiene estos derechos; no están fundados en nada y conducen, no obstante, á darle un derecho de retención y, por consiguiente, de preferencia, apesar de la ley que no admite otras causas de preferencia más que las hipotecas y los privilegios (núm. 284). (2)

300. El usufructuario que hace las grandes reparaciones

1 Sólo extractamos lo que Mourlón ha dicho con un gran poder lógico (Examen crítico, t. II, p. 741, núm. 232).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 452, nota 58, pfo. 287 y los autores que citan. Debe agregarse Larombière, t. II, art. 1186, núm. 44, p. 499 de la edición belga, t. I. Nosotros creemos inútil insistir en las contradicciones de este autor.

que la ley pone á cargo del nudo propietario (art. 605) tiene un recurso contra éste. Puede todavía repetir, al fin del usufructo, el capital de los cargos impuestos, así como el capital de las deudas que pagó á cargo del nudo propietario (arts. 609-612). ¿Goza por este punto de un derecho de retención? Nó, dicen unos, pues no hay relación contractual entre el usufructuario y el nudo propietario. Sí, dicen otros, porque este derecho está en los principios de la equidad, en los del derecho romano y en el espíritu del Código Civil. Proudhón, que profesa esta última opinión, es uno de nuestros mejores jurisconsultos; pero los mejores están condenados á extraviarse cuando abandonan la vía segura del texto y de los principios ciertos que de ella resultan. ¿Qué importa que la equidad esté en favor del usufructuario? ¿Hay que preguntar á Proudhón si un derecho que concede una preferencia á un acreedor sobre los demás se funda en la equidad? ¿Qué sucede entonces con el art. 2054? Los principios de derecho romano no tienen autoridad alguna en esta materia porque el Código no los ha reproducido; esto es historia antigua. En cuanto al espíritu del Código Civil es verdad que consagra el derecho de retención en casos que no son más favorables que aquel en que se hallan los herederos del usufructuario cuando su autor ha hecho gastos necesarios ó anticipos. ¿Pero será necesario enseñar á Proudhón que no es el intérprete quien juzga de las causas de preferencia, que el legislador sólo puede determinar el favor que merece tal crédito para con créditos menos favorecidos? Se va á ver en lo que se convierte el derecho cuando los intérpretes deciden conforme á consideraciones semejantes. Proudhón supone que el nudo propietario está pobre y fuera de estado de reembolsar luego los gastos hechos por el usufructuario; sería duro quitarle el goce de su cosa; la equidad pide que pueda volver en su patrimonio, á reserva de gravar especialmente el fundo en pago de la in-

demnización de que es deudor. ¿Qué quiere decir esto? Este gravamen sería una hipoteca ó un privilegio. ¿Y hay privilegios sin textos? Hay que proscribir de nuestra ciencia esta equidad parásita que viene á ocupar el lugar del derecho. Sin duda las leyes deben fundarse en la equidad, pero el legislador sólo es el que tiene esta misión.

301. Estando aislada quizá nuestra opinión tenemos que exponer la opinión generalmente admitida. Sabemos con certeza indefinida cuáles son los acreedores que gozan del derecho de retención. Queda por ver cómo la ejercen y contra quién. Se enseña que el derecho de retención es indivisible en el sentido de que puede ejercerse por la totalidad del crédito en cada parte de la cosa que forma su objeto. (1) Esto es poco más ó menos lo que dice de la hipoteca (artículo 2114; Ley Hipotecaria, art. 41). ¿En qué se funda uno para decidir que el derecho de retención es indivisible? No se trata de la indivisibilidad propiamente dicha de los artículos 1217 y 1218. La indivisión de la hipoteca es una garantía para el acreedor hipotecario. ¿Con qué derecho se extiende esta garantía á la retención? Se enlaza á la realidad del derecho que hiere á la cosa y la desmembra. Y los autores que establecen el principio de la indivisibilidad de la retención dicen que el detentor no tiene derecho real propiamente dicho. Desde luego no vemos la base para la indivisibilidad del derecho de retención.

Hé aquí una aplicación de la indivisibilidad, tan dudosa como el principio de que procede. Un obrero recibe un lote de mercancías para labrarlo ó componerlo; restituye parte de las mercancías sin que se le pague; puede retener las demás para garantía de lo que se le debe. Decimos que esto es dudoso. ¿En qué se funda el derecho de retención? En la posesión, en el sentido de que es la posesión retenida y con-

1. Aubry y Rau, t. III, p. 118, pfo. 256 bis. Pont, Pequeños contratos, t. II, núm. 1291.

servada á título de garantía. ¿No debe concluirse de esto que el acreedor que renuncia á la posesión renuncia á su garantía? Esto es seguro cuando el acreedor abandona la posesión del inmueble en el que hizo gastos; lo mismo fuera si, en el caso, el obrero devolviera las mercancías al dueño. ¿Si entrega una parte no debe decirse que renuncia á una parte de su garantía? Pues se trata de cosa indivisible. Lo que lo prueba es que el obrero, en la opinión general, no puede prevalecerse del derecho de retención para lo que se le debe cuando recibe mercancías en virtud de una nueva convención. Si se le deben 1000 francos por la hechura de la primera parte de la mercancía y 1000 francos por la segunda no tendrá el derecho de retención más que por la última deuda; luego por la mitad de lo que se le debe. (1) Si el derecho de retención se divide en esta hipótesis también puede dividirse en la otra; se necesitaría una disposición de la ley para declararlo indivisible en toda hipótesis.

302. Hemos supuesto que en la opinión general el derecho de retención es un derecho real aunque destituido del derecho de promoción. A decir verdad no hay opinión general en esta materia. Unos dicen que la retención engendra un derecho real, otros tratan esta doctrina como de inexacta. En todas las opiniones este es un derecho de una naturaleza singular: real sin derecho de promoción ó no real y que, sin embargo, se puede oponer á los terceros. ¿Un derecho de naturaleza particular debería ser consagrado por la ley? Los que dicen que sólo es un derecho real enseñan que, sin embargo, se puede oponer á los terceros, según su *fundamento y objeto*, al menos en cierta manera. ¿Qué vaguedad en una ciencia que demanda la más exacta precisión! Si no es un derecho real ni personal ¿qué es entonces? En qué se funda para oponerla á los terceros y á quién se

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 119, nota 19. P. de D. TOMO XXIX—49

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

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. 243).

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 (Loché, t. VIII, p. 257).

2 Grenier, *Tratado de las Hipotecas*, núm. 299. Compárese Durantón, tomo XIX, p. 39, núm. 27; Monrón, *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 e 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, por que 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.

te en los objetos que el arrendatario puso en la finca, luego en cosas muebles.

Los privilegios en inmuebles gravan los inmuebles por su naturaleza y los objetos muebles convertidos en inmuebles por su incorporación ó destino tanto tiempo cuanto dura la inmovilización. Desde que estos objetos vuelven á su naturaleza mueble no puede tratarse de un privilegio inmobiliario.

Cualquier inmueble no puede ser gravado de un privilegio; es necesario aplicar por analogía á los privilegios lo que el art. 45 dice de la hipoteca, pues los privilegios, como lo vamos á decir, sólo son hipotecas privilegiadas. «Sólo son susceptibles de hipotecas: 1. ° los bienes inmuebles que están en el comercio; 2. ° los derechos de usufructos de enfiteusis y de superficie durante la duración de estos derechos.» Explicaremos esta disposición en el capítulo *De las Hipotecas*. Resulta que los demás derechos inmuebles no pueden ser gravados de un privilegio: los derechos de uso y de habitación, porque no pueden cederse; las servidumbres, porque no se conciben separadamente del fundo de que son una calidad activa ó pasiva; las acciones inmobiliarias, porque no tienen asiento real. (1)

313. Hay diferencias importantes entre los privilegios muebles y los privilegios inmobiliarios. Nos limitaremos por ahora á señalarlas, salvo volver á hablar de ellas. Los privilegios inmobiliarios deben ser *conservados*; es decir, publicados por vía de inscripción ó de transcripción; á falta de publicidad son ineficaces, así como las hipotecas. No sucede lo mismo con los privilegios mobiliarios, deben ser publicados; por sólo que existen producen sus efectos; sólo hay una excepción, según la nueva ley; la señalaremos más adelante.

1 Persil, Régimen Hipotecario, t. I, p. 55, art. 2099, núms. 2 á 8; Cuestiones sobre los Privilegios, p. 1, pfo. 1.

Los privilegios inmobiliarios dan al acreedor el derecho de persecución, mientras que los muebles no lo tienen en derecho francés (art. 2119; Ley Hipotecaria, art. 46). Sólo hay excepción para el privilegio del dador. De esto resulta que el acreedor pierde su privilegio cuando el deudor enajena los muebles que están gravados con él. Diremos más adelante cuáles son los medios que la ley concede á algunos acreedores privilegiados para impedir la venta.

Los privilegios muebles se pierden también cuando los objetos muebles que están gravados cambian de naturaleza ó se convierten en inmuebles. La ley nueva trae una excepción á este principio en favor de ciertos privilegios, como lo diremos más adelante.

314. Se pregunta si no hay una diferencia más radical. El art. 41 (Código Civil, art. 2114, que define la hipoteca, dice que es un derecho real; mientras que el art. 12, que define el privilegio, dice sencillamente que es un derecho de preferencia. ¿Debe concluirse de esto que los privilegios no son derechos reales? Es seguro que los privilegios inmobiliarios son derechos reales; la ley los pone en la misma línea que las hipotecas en lo que se refiere á los derechos de los acreedores contra los terceros tenedores; tienen el derecho de persecución (art. 96; Código Civil, art. 2166). Nuestra cuestión sólo concierne, pues, á los privilegios mobiliarios. Se enseña que estos privilegios sólo dan un derecho de preferencia puramente personal. (1) Esto es verdad en el sentido de que sólo tienen efecto para con los acreedores quirografarios; no dan el derecho de promoción. Pero de esto se haría mal en inducir que los privilegios no son derechos reales. Basta que un derecho exista en una cosa para que sea real, y el privilegio no es un derecho real contra la persona, es un derecho en la cosa mueble que está gravada. Por esto el privilegio se extingue cuan-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 112, núm. 256.

do la cosa cambia de naturaleza ó que se convierte en inmueble. Se objeta que los privilegios mobiliarios no dan el derecho de persecución. Contestaremos que esto viene no de la esencia del privilegio sino de la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; considerado por sí mismo el privilegio da el derecho de persecución en el sentido de que no hay en la naturaleza del privilegio mueble un obstáculo legal ó que pueda ejercerse contra los terceros; lo que lo prueba es que hay un privilegio mueble, el del dador, que da el derecho de persecución. La propiedad también no puede ser reivindicada contra un tercer poseedor cuando se trata de una cosa mueble corporal; lo que no impide que la propiedad mueble sea un derecho real. Lo mismo pasa con el privilegio mueble y el usufructo mobiliario. Volveremos á estas dificultades de la materia al explicar el art. 2279.

315. En cuanto á los privilegios inmobiliarios tienen todos los efectos de la hipoteca; en este sentido se les llama hipotecas privilegiadas. (1) El privilegio y la hipoteca tienen el mismo objeto; el art. 2094, reproducido por la Ley Hipotecaria (art. 9), lo determina: son unas causas de legítima preferencia. Bajo el imperio del Código Civil el privilegio tenía un doble rango de preferencia, prevalecía á las mismas hipotecas; mientras que la hipoteca sólo prevalece á los acreedores quirografarios (art. 2095). La ley belga ha reproducido esta disposición (art. 12), pero no tiene hoy el alcance que tenía con el Código Napoleón, como lo diremos más adelante. Los privilegios inmobiliarios son también, como las hipotecas, derechos inmobiliarios; el artículo 1.º de nuestra ley los asimila á este respecto á las hipotecas. Dan también el derecho de persecución, y respecto de esto también la ley (art. 96; Código Civil, artículo 2166) pone las hipotecas y los privilegios en la misma

1 Valette, De los privilegios, p. 16. Pont, t. I, p. 20, núm. 25.

línea. Los principios esenciales que caracterizan estos dos derechos de preferencia les son, pues, comunes; por tanto, son idénticos.

En el sistema del Código y de la nueva ley los privilegios pueden perder su calidad de hipotecas *privilegiadas* y conservar, no obstante, su calidad de hipotecas. Tal era la disposición del art. 2113: "Todos los créditos *privilegiados* sometidos á la formalidad de la inscripción, para los que las condiciones prescriptas para conservar el privilegio no han sido cumplidas, no dejan, no obstante, de ser hipotecarios; pero la hipoteca sólo data, para con los terceros, desde la época de la inscripción que debiera haberse hecho, como se explicará más adelante." Nuestra Ley Hipotecaria no ha reproducido el art. 2113, pero consagra el mismo principio, como lo diremos más adelante, aplicándolo á los diversos casos en que el privilegio, por no haber sido conservado, degenera en hipoteca.

Abarcando el derecho de hipoteca los privilegios inmobiliarios resulta que las disposiciones del Código relativas á las hipotecas se aplican á los privilegios. El art. 41 (Código Civil, art. 2114) dice que la hipoteca es por naturaleza indivisible. Lo mismo pasa con los privilegios, aunque la ley no lo diga; no necesita decirlo, puesto que es de principio que el privilegio es una hipoteca privilegiada. Se podría objetar que la indivisibilidad está fundada en la intención de las partes contratantes, lo que supone una convención, y el privilegio existe, en virtud de la ley, independientemente de la voluntad de las partes. Contestamos que hay también hipotecas establecidas por la ley, y son tan indivisibles como las hipotecas convencionales. La indivisibilidad está establecida en interés del acreedor; y el derecho del acreedor privilegiado es más favorable que el del acreedor hipotecario; hay, pues, una razón *a fortiori* para

que sea indivisible. Se dirá que siendo derechos legales los privilegios la ley hubiera debido determinar los caracteres que los distinguen. Esto hubiera sido más regular, es verdad, pero en rigor esto era inútil, puesto que la ley consagra implícitamente el principio de la identidad del privilegio y de la hipoteca. Sólo se explicó acerca del doble rango de preferencia ligado á los privilegios, porque á este respecto había algo de especial. (1) Todas las disposiciones relativas á las hipotecas son de derecho aplicables á los privilegios. Según el art. 2059 «hay estelionato cuando se presentan como libres bienes hipotecados ó cuando se declaran hipotecas menores de las que gravan estos bienes.» Fué sentenciado que esta disposición se aplica á los privilegios por razón de que el privilegio implica y encierra en sí un derecho hipotecario. (2)

316. Los privilegios no están en general sometidos á ninguna condición de forma en cuanto á su existencia. No son actos solemnes como las hipotecas convencionales ó testamentarias, proceden de la ley como hipoteca legal. Basta, pues, que el crédito privilegiado esté probado, y la prueba se hace según el derecho común. (3) En la aplicación del principio hay, sin embargo, que distinguir entre los privilegios muebles y los inmobiliarios.

Los privilegios mobiliarios se establecen por la prueba del crédito. Hay créditos privilegiados que no es de uso comprobar por cierto: tales son los privilegios generales en los muebles, salvo los gastos de justicia; la prueba se hará por testigos, por confesión ó por juramento, conforme á las reglas establecidas en el título *De las Obligaciones*. Hay, sin

1 Denegada, Sección Civil, 18 de Julio de 1819 (Dalloz, en la palabra Comisionista, núm. 460). Bruselas, 25 de Mayo de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 132) Martou, t. II, p. 202, núm. 559.

2 Denegada, 14 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 60).

3 Tarrilla, en Merlin, Repertorio, en la palabra Privilegio, sec. I, núm. 10, t. XXV, p. 175.

embargo, excepciones. El privilegio del acreedor prendista cuando el crédito excede de 150 francos no tiene lugar más que cuando hay acta pública ó privada debidamente registrada y conteniendo las indicaciones prescriptas por la ley. Cuando se trata de un crédito dado en prenda es necesario además la notificación del acta de empeño. Transladamos á lo que se dijo en el título *Del Empeño*.

El privilegio del dador no puede ejercerse para los años por vencer sino cuando el arrendamiento es auténtico ó si, siendo privado, tiene fecha cierta (art. 20, núm. 1).

El privilegio del vendedor y el de los gastos de conservación subsisten en los efectos muebles, después de su inmovilización, á condición de que las actas en que constan estén transcritas en el registro de la Secretaría del Tribunal de Comercio. Es, pues, necesario un escrito, pero la ley no exige que sea auténtico (art. 20, núm. 5).

Los privilegios inmobiliarios deben ser publicados. Resulta del modo de publicidad establecido por la ley nueva que los créditos privilegiados deben constar por actas auténticas cuando el privilegio se conserva por la transcripción, pues no se admite á la transcripción más que las actas auténticas. Para el privilegio del arquitecto es necesario igualmente un escrito, como lo explicaremos más adelante (artículo 27, núm. 5.)

317. Siempre se admitió que los privilegios son de derecho estrecho y de estricta interpretación. La razón es que los privilegios son excepciones al derecho común, según el cual los acreedores tienen todos un derecho igual en los bienes de su deudor (núms. 278 y 283). Lo mismo es con todas las causas de preferencia. Según el art. 42 (Código Civil, art. 2115) la hipoteca sólo tiene lugar en los casos y según las formas autorizadas por la ley. El legislador sólo puede derogar la ley de igualdad que establece entre los acreedores. De esto el principio de que no hay privilegios sin

ley y que los principios establecidos por la ley son de estrecha interpretación; no se pueden extender por vía de analogía. El argumento analógico no está nunca admitido en las disposiciones excepcionales, porque conduciría á crear excepciones; debe sobre todo ser desechado cuando la regla y las excepciones son de interés general. Es necesario que los terceros sepan al contratar cuáles son sus derechos en los bienes del deudor, y no lo sabrían si el juez pudiera extender las causas de preferencia que la ley crea. El favor tomaría los colores de la analogía; de donde resultarían inevitables abusos que arruinarían el crédito que la ley tiene por objeto consolidar. Esta regla de interpretación está enseñada por todos los autores y está consagrada por la jurisprudencia. (1) Veremos las aplicaciones en el curso de nuestras explicaciones.

318. Los privilegios son muebles ó inmuebles (núm. 312). Los privilegios sobre los inmuebles son del todo especiales, sólo afectan ciertos muebles; la razón es que la causa de estos privilegios es especial. En cuanto á los privilegios inmuebles son ó generales ó sobre ciertos inmuebles. Lo que no obedece, como se ha dicho, á que los primeros merezcan un favor mayor; si ciertos privilegios sólo recaen en muebles particulares es porque la causa es particular á dichos objetos y el privilegio nunca puede sobrepasar la causa que lo legitima; y si otros privilegios gravan los inmuebles es porque no hay motivo para limitarlos á ciertos muebles.

319. La sección I del capítulo *De los Privilegios* se titula: *Privilegios que se extienden á muebles é inmuebles*. Lo que supone que hay varios. Sucedió así bajo el imperio del Código Civil (núm. 308). Todos los privilegios generales sobre los inmuebles abrazaban los inmuebles en caso de insuficiencia del mobiliario (arts. 2104 y 2105). La nue-

1 Durantón, t. XIX, p. 24, núm. 20. Martou, t. II, p. 11, núm. 298.

va ley no ha mantenido este principio más que para las costas judiciales, los demás privilegios generales sobre los muebles no prevalecen ya á los acreedores hipotecarios. El derecho de preferencia que el Código Napoleón concedía á los privilegios generales sobre los acreedores hipotecarios comprometía los derechos de los terceros que contrataban en fe de una garantía real; se veían preferidos por un gran número de acreedores privilegiados que absorbían una parte del precio de la venta de los inmuebles. En vano se diría que esos créditos son poco considerables y que los acreedores deben esperarse á ello; sin duda cada uno de los créditos privilegiados puede relativamente ser poco importante, pero por su gran cantidad alcanzan una cifra que arruinaría á los acreedores hipotecarios, sin que éstos, cuando el contrato, estuvieran en condiciones de preveer y calcular el monto de los créditos que se les opusiera. Y desde que los acreedores no pueden contar sobre el valor íntegro de los bienes que están afectados en su garantía el objeto del régimen hipotecario falsea. El legislador belga pensó que más valía asegurar una garantía completa á los acreedores hipotecarios, cuyo interés se confunde con el interés general, que prodigar favores á algunos acreedores privilegiados á costas del interés público. (1) Sin embargo, la ley reserva á los acreedores privilegiados un recurso sobre el dinero que proviene de la venta de los inmuebles después de que los acreedores hipotecarios estén desinteresados; en este caso los acreedores privilegiados no están en conflicto con los acreedores quirografarios á su respecto, merecen la preferencia y el legislador puede dárselas sin comprometer el interés público. (2) Volveremos á esta última disposición del art. 19.

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 31). Informe de Lelièvre (Parent, p. 34).

2 Martou, Comentario, t. II, p. 22, núm. 313.

320. El Código Napoleón no prevé todos los privilegios. En los términos del art. 15 (Código Civil, art. 2098) «el privilegio en razón de los derechos del tesoro público y del orden en que los ejerce se rigen por leyes relativas.» No sólo se trata de un privilegio; si el Código habla en singular es porque los distintos privilegios que las leyes conceden al fisco todos tienen una misma causa, el interés de los fondos públicos; pero el número de estos privilegios es muy considerable. ¿Por qué los autores del Código no los han comprendido en el trabajo de codificación que tenía por objeto dar certeza al derecho y coordinar las disposiciones legislativas en un solo cuerpo de ley. Las leyes fiscales son leyes administrativas y, como tales, sujetas á cambios; mientras que las leyes civiles se hicieron con la mente de perpetuidad. Era difícil hacer un conjunto de disposiciones de otra naturaleza que las que establecen los privilegios en provecho del fisco; esta es obra de la doctrina; aun la doctrina en esta materia debe cambiarse. Nuestros trabajos se ajen a las materias que no pertenezcan al derecho civil propiamente dicho; sin embargo, en favor de nuestros lectores expondremos en un apéndice el estado actual de la legislación sobre privilegios del fisco.

El segundo inciso del art. 15 da lugar á otra dificultad. Está concebido así: «El tesoro público no puede, sin embargo, *obtener* privilegio en perjuicio de los derechos *anteriormente adquiridos á los terceros.*» ¿Quiere decir esto que los privilegios del tesoro no prevalecen á las hipotecas anteriores? Nó; en principio los privilegios del fisco son los más favorecidos, puesto que constituyen un derecho social y, por consiguiente, de interés público. No habrá, pues, ninguna razón para hacer una diferencia entre los privilegios del fisco y los de los particulares; si aquéllos prevalecen á las hipotecas debe acontecer lo mismo con los demás. Todos los privilegios, en una palabra, deben estar en la misma lí-

nea. Queda por saber si el texto está en armonía con los principios. La ley dice que el tesoro no puede *obtener* privilegio en perjuicio de *derechos adquiridos*. La palabra *obtener* se refiere á la *adquisición* de un privilegio, y ¿cómo adquiere el tesoro un derecho de preferencia? Por la ley. El texto supone, pues, que se concedió un privilegio al tesoro por una nueva ley. En este caso, nace la cuestión de saber si este nuevo privilegio prevalecerá á las hipotecas anteriores. La ley decide, pues, una cuestión de retroactividad; esto es lo que también indica la expresión *derechos adquiridos*, porque el principio de retroactividad de la ley no significa otra cosa sino que las nuevas leyes no pueden amenazar los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley antigua. En definitiva el art. 15 no hace más que aplicar el principio del art. 2 á las leyes que establecen los privilegios. Se dirá que aun en esta interpretación la disposición es inútil. Esto es verdad, pero no es una razón para hacer decir á la ley otra cosa que lo que dice. Esta es la opinión de todos los autores (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. (2)

321. También hay privilegios que se les puede llamar marítimos porque pertenecen al derecho marítimo. En los términos de los arts. 190 y siguientes del Código de Comercio los navíos y los barcos de mar pueden ser objeto de privilegios. La Ley Hipotecaria contiene en este respecto la disposición siguiente: «Nada se innova por el presente Código respecto á las disposiciones marítimas relativas á los navíos y *embarcaciones de mar*. Esta materia pertenece al derecho comercial.»

1 Martou, t. II, p. 19, núm. 309. Pont, t. I, p. 23, núm. 29.

2 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Privilegios*, núm. 534, 1.º y 2.º.

SECCION II.—De los privilegios que abarcan los muebles y los inmuebles.

§ I.—¿QUE SE ENTIENDE POR COSTAS JUDICIALES?

322. El art. 17 dice: «Las costas judiciales tienen privilegio en los muebles y en los inmuebles con respecto á todos los acreedores en cuyo interés se han hecho.» ¿Qué se entiende por *costas judiciales*? La ley no las define y en la aplicación se presentan numerosas dificultades. Debemos buscar antes que todo un principio que sirva para decidir. Se lee en una sentencia de la Corte de Aix que dice: «El Código deja al juez definir la naturaleza de las *costas judiciales* que aprovechen á los acreedores y deban desde luego tener un privilegio» (1) El Código Napoleón era más vago que la ley belga; decía sencillamente que las *costas judiciales* estaban privilegiadas y les concedía el primer lugar entre los privilegios muebles é inmuebles (arts. 2101, 1.º, 2104 y 2105). Nuestra Ley Hipotecaria agrega una restricción que nos muestra el camino para definir las costas á las que la ley da un privilegio; «son, dice el art. 17, con relación á todos los acreedores *en favor de los que se han hecho.*» Esto implica que las costas judiciales se hacen por varios acreedores, ó al menos en interés de muchos de ellos, y es con relación á estos por lo que las costas gozan de un privilegio. El art. 17, que enumera los créditos privilegiados sobre la generalidad de muebles, está concebido en el mismo sentido; coloca en el primer lugar las costas judiciales hechas *en interés común de los acreedores*; de esta manera para que el acreedor de dichas costas se pueda hacer pagar de preferencia á los demás acreedores colocados en la masa mobiliaria se necesita que hayan sido hechos en interés de todos los acreedores. Hé aquí un primer carácter de

1 Aix, 12 de Enero de 1838 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 138.

las costas judiciales: sólo están privilegiadas si están hechas en un interés común.

¿También se necesita que estén hechas en el curso de una instancia judicial? La expresión *costas judiciales* podría hacerlo creer, pero se debe entender esta expresión en el sentido especial que le da la materia de los privilegios. ¿Cuándo se trata de privilegio? Cuando hay concurso de acreedores los bienes del deudor no bastan para pagar sus deudas. ¿Qué deben hacer en este caso los acreedores? Están obligados á vender los bienes de su deudor para distribuirse el precio por contribución ó por vía de orden. Esto se hace en un procedimiento judicial. En este sentido todos los gastos que los acreedores deban hacer para realizar la prenda que tienen en los bienes de su deudor son costas judiciales, porque es el recurso de los acreedores en las vías judiciales quienes necesitan de ellas. Poco importa que se hagan judicialmente ó no, todo procedimiento es judicial, sin que haya un procedimiento propiamente dicho porque el embargo y la venta no son procesos.

La tradición confirma lo que el texto supone. Se lee en una obra que resume las nociones tradicionales de derecho, el Diccionario de Ferrière: «Los gastos judiciales son los que tienen por objeto la conservación de la cosa en provecho del propietario, del acreedor ó de cualquier otro derecho ó interés que hagan. Los gastos de cédulas de inventarios de venta ó de orden y excusión de muebles ó inmuebles y demás son gastos judiciales.» Esta definición no descuella por su precisión; el derecho antiguo era por naturaleza vago é indeciso porque no tenía el fundamento de los textos. Pero Ferrière nos enseña al menos una cosa: que por gasto judicial se entendía no solamente los gastos hechos en justicia sino también los extrajudiciales, tales como los de cédulas é inventarios que el autor coloca, y con razón,

P. de D. TOMO XXIX—52

en la primera línea, pues el mayor interés de los acreedores es la conservación de sus bienes. Los deudores insolventes están inclinados á substraer sus bienes de la acción de los acreedores, ó mejorar unos en perjuicio de otros; se debe, pues, ante todo asegurar los bienes, prenda común de los acreedores para que no se les escapen. Esto se hace para posición de cédulas y de inventario, gastos extrajudiciales y, sin embargo, costas judiciales, puesto que son los primeros gastos que los acreedores están obligados á hacer cuando han recurrido á las vías judiciales contra su deudor.

¿Consagra el Código la tradición? Esto no tiene duda. Grenier dice en su informe al Tribunal: «En todo tiempo esta especie de créditos han obtenido el privilegio. Las costas judiciales, que son las de cédulas, inventario y venta, tienen por objeto la conservación y liquidación de la cosa.» (1) Esta definición es más incompleta todavía que la de Ferrière; no habla de los gastos de orden, entre los que se deben comprender los de distribución, pero confirma la significación demasiado extensa que se atribuye á las palabras *costas judiciales* en materia de privilegios. En fin, el texto de la ley levanta cualquiera duda. Hay otros gastos extrajudiciales además de los de cédulas é inventario; tales son los gastos que necesita la administración de la quiebra mercantil. El Código de Comercio dice que dichas costas se sacan del activo mobiliario; es decir, que se pagan de preferencia á los acreedores, entre los que se reparte el activo después de que se paguen los gastos por prelación (Código de Comercio de 1808, art. 558).

323. Ahora se comprenderá por qué y en qué sentido las costas judiciales están privilegiadas. Los términos de que se sirve la ley para marcar el ejercicio del privilegio de las

1 Grenier, informe, núm. 2 (Loché, t. VIII, p. 257). Compárese Martou, t. II, p. 24, núm. 316; Pont, t. I, p. 49, núm. 69.

costas judiciales son muy significativos: son *deducidos, pagados, por prelación, distraídos del dinero* que compone el activo (Código de Procedimientos, arts. 657-662; Código de Comercio, art. 558). En realidad el acreedor de las costas judiciales no concurre con los demás acreedores, no está en pleito con ellos; son los acreedores mismos los que pagan las costas que han debido hacer para conservar la prenda común, para venderla y distribuirse el precio; es natural que el que haga los gastos los pague, y los gastos judiciales los hacen los acreedores, aun cuando no figuren en todos los actos á que dan lugar. Todos sólo intervienen para requerir la oposición de cédulas hasta que tengan interés para que deban sufrirla, porque sin ellos la prenda llevaría el riesgo de perecer; es, pues, gracias á las costas por lo que reciben el pago al que tienen derecho. Si se quiere dar el nombre de *privilegio* á esta deducción de los gastos es, seguramente, el más legítimo de los privilegios; hé aquí por qué tienen el primer lugar entre los créditos privilegiados.

324. El principio es, pues, que todos los gastos para la conservación, la liquidación, la distribución de la prenda común de los acreedores y en interés común, están privilegiados, ya sean hechos en justicia ó fuera de ella. En contra no están privilegiados, aunque hechos judicialmente, los gastos que uno de los acreedores hace en su propio interés. Tales son las *expensas*; es decir, los gastos que en particular expone contra otro particular para se juzgue una diferencia que tengan. Esta es la definición que Tarrible da en su *Tratado de los Privilegios*, uno de los más antiguos y mejores. Los gastos, dice, forman el objeto de un crédito particular que la sentencia pone á cargo de la parte que pierde y que no goza de un privilegio. (1) Por ejemplo, los gastos que hace uno de los acreedores para adquirir un título eje-

1 Tarrible, en Merlin, Repertorio, en la palabra Privilegio, sec. III, pfo. 1, núm. 2 [t. XXV, ps. 188 y siguientes].

cutorio ó para rechazar las contestaciones de que es objeto su demanda; el fin mismo de la acción prueba que los gastos sólo se hicieron en interés particular del acreedor; luego no se trata de privilegios de costas judiciales. (1) Se pretende, sin embargo, que los gastos se deben considerar como accesorios del crédito y están, por consiguiente, privilegiados si el crédito principal lo está; éste no sería el privilegio de las costas judiciales; el primer lugar sería el privilegio ligado al crédito principal, teniendo el lugar que la ley concede á ésta. La cuestión está controvertida y volveremos á ella.

325. Nos queda una dificultad relativa al principio. Los gastos de conservación son costas de justicia. ¿No debe entenderse por esto más que los gastos de cédulas y de inventarios? Estos son unos ejemplos, pero el principio no debe limitarse á las aplicaciones que se hacen de él. Si los gastos se hacen en justicia para el aumento del patrimonio del deudor ó para impedir que disminuyan estos gastos serán privilegiados á título de gastos de conservación. Esto no es dudoso; pero hay una condición que no debe perderse de vista en esta materia: es que los gastos deben ser hechos en interés de los acreedores. Uno de éstos ataca una acta con acción pauliana y hace entrar en la masa un bien enajenado por el deudor; los gastos que haya hecho serán privilegiados, puesto que tienden á conservar la prenda común de los acreedores. (2) La cuestión se vuelve dudosa cuando es el deudor quien obra para conservar su patrimonio, demandando, por ejemplo, la nulidad de una convención por causa de vicios de consentimiento. Fué sentenciado que es-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 25, núm. 316. Pont, t. I, p. 48, núm. 67 y las sentencias que cita. Debe agregarse Lieja, 8 de Marzo de 1862 (Pasicrisia, 1863, 2, 355).

2 Burdeos, 28 de Mayo de 1832 (Daloz, en la palabra Privilegio, núm. 144). Compárese Bourges, 9 de Julio de 1846 [Daloz, 1846, 4, 423]. Pont, t. I, página 47, núm. 67.

tos gastos no son privilegiados; (1) y creemos que la decisión está fundada en el rigor de los principios. Hay una diferencia esencial entre la acción formada por los acreedores y la que forma el deudor. Los acreedores no pueden intentar la acción pauliana más que cuando el acta fraudulenta arrastra la insolvencia del deudor ó la aumenta; es, pues, seguro que esta acción tiene por objeto el interés común de los acreedores, lo que es decisivo; mientras que el deudor obra, ante todo, en interés personal, sin que se pueda decir que el interés de los acreedores entere el debate. La cuestión de saber si las costas judiciales están privilegiadas no se suscita más que en el caso en que el deudor es insolvente. Cuando promueve en una época en que está solvente el interés de los acreedores no está en causa: ¿qué les importa que el deudor esté más ó menos rico? Sin duda que el deudor solvente cuando el proceso puede volverse insolvente más tarde; pero este interés lejano que los acreedores tienen en todo proceso sostenido por su deudor no basta para que los gastos estén privilegiados. El privilegio nace con el crédito, y cuando el deudor promueve los gastos no están privilegiados; desde luego no pueden serlo más tarde.

326. La Corte de Casación ha aplicado este principio á las partes extrajudiciales. Un depositario judicial hace trabajos de plantío y de cultivo en una finca de azúcar: ¿estos gastos son privilegiados? En un primer caso la Corte de Casación decidió la cuestión negativamente; se trataba de trabajos ejecutados en virtud de una convención intervenida con el propietario mucho tiempo antes de la constitución del secuestre; cuando el contrato estos gastos no constituían seguramente *ex pensis* hechas por interés de los acreedores;

1 Douai, 16 de Julio de 1847 (Diario del Palacio, 1847, 2, 61). En el mismo sentido una sentencia del Tribunal de Comercio de Bruselas de 29 de Enero de 1877 (Pasicrisia, 1877, 3, 167). Compárese Martou, t. II, p. 24, núm. 316. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Aix, 12 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 138) sin más motivo que el pretendido poder discrecional del juez.

luego no podían convertirse en ellas más tarde por la circunstancia accidental de haber sido hechas durante la administración del secuestro. El juez del hecho había comprobado, además, que los trabajos no eran de ninguna utilidad para los acreedores inscritos en la finca; á este respecto no se podía decir que habían sido suspendidos en su interés. La consecuencia era evidente; no se podía reclamar el privilegio que la ley sólo concede para gastos hechos en interés común. (1)

En otro caso intervino una decisión diferente porque los hechos diferían. Se trataba de expensas hechas á un depositario judicial con el consentimiento de todos los acreedores hipotecarios; estas expensas habían tenido por resultado conservar y utilizar la prenda común á todos los acreedores y tenían por esto mismo el carácter de gastos hechos en interés de todos los acreedores; luego eran privilegiados. (2)

327. ¿El principio de que las *expensas* hechas por un acreedor contra el deudor en interés de su crédito no están privilegiados es aplicable cuando la acción está formada contra la masa de los acreedores representada por el heredero beneficiario, el curador á una sucesión vacante ó el síndico de una quiebra? En la práctica se consideran estos gastos como debidos por la masa y se admite la prelación. Esa práctica se justifica por los principios que acabamos de exponer. Cuando la demanda está formada por un acreedor contra el deudor sólo hay interés particular en común; el acreedor no obra seguramente en interés de los demás acreedores y el deudor defiende su propio interés. Pero cuando la masa de los acreedores está en causa ya no se trata de un interés particular, el interés de todos está comprometido en el debate; la masa defensora quiere apartar á un

1 Casación, 15 de Marzo de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 273).

2 Denegada, Cámara Civil, 29 de Junio de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 471).

acreedor cuyo concurso vendría á disminuir la prenda común; en este sentido los gastos tienen por objeto conservar la prenda de todos. Poco importa, después de esto, quién gane; no es el resultado del proceso lo que debe considerarse, es el objeto de la demanda. (1)

328. El privilegio de costas judiciales difiere mucho de los demás privilegios. Estos dan al acreedor una preferencia absoluta para con todos aquellos que concurren en los bienes del deudor. Las costas judiciales, al contrario, no dan al acreedor privilegiado más que una preferencia relativa para con aquellos en cuyo interés se hicieron los gastos: estos son los términos del art. 17. Y si el art. 19 dice que las costas judiciales son privilegios en la generalidad de los inmuebles y les asigna el primer lugar para con los demás acreedores es que supone, como lo dice el texto, que los gastos se hicieron por interés común de los acreedores. El carácter relativo del privilegio de costas judiciales resulta de la misma naturaleza del privilegio y del motivo en que está fundado. Este privilegio no es otra cosa más que la obligación que incumbe á los acreedores de sufrir los gastos que se hacen ó se han hecho en su interés. Y todos los gastos no se hacen necesariamente en interés de todos los acreedores, y si es justo que aquellos que están interesados en los gastos los paguen no lo es ponerlos á cargo de los acreedores que no tienen interés en ellos.

El privilegio de costas judiciales tiene también un carácter relativo en lo que se refiere á los bienes en que se ejerce. Según el art. 17 se podría creer que se ejerce en todos los bienes muebles é inmuebles, pero hay que entender esta disposición en el sentido del art. 19; es decir, que el privilegio versa en todos los bienes cuando todos los acreedores están interesados en los gastos; pero si hay acreedores que tienen un privilegio en bienes para los que no se hicieron

1 Aubry y Rau, t. III, p. 128, nota 5, pfo. 260.

los gastos las costas judiciales no podrán tomarse en estos bienes, pues sería tomarlos de un crédito para el que los gastos no están privilegiados. (1)

La jurisprudencia ya se había pronunciado en este sentido bajo el imperio del Código Civil aunque los textos no trataran de las costas más que en términos generales. Estos gastos, decía la Corte de Casación, son los que se hicieron en interés de las partes en que recae la preferencia. (2) La Corte agrega que la restricción está consagrada por el artículo 662 del Código de Procedimientos. Cuando los muebles de un locatario han sido embargados y vendidos á pedimento de sus acreedores las costas que origina la distribución del precio de venta son tomadas con prelación, *antes de todo crédito que el de rentas debidas al propietario*. Así los gastos de distribución no son privilegiados para con el dador. ¿Por qué? Porque el dador no tiene ningún interés en ellos. El art. 661 le permite hacer estatuir su privilegio por simple procedimiento ejecutivo, y antes de todo procedimiento de distribución por contribución; los gastos hechos para operar esta distribución le son, pues, extraños y, por consiguiente, no pueden ser privilegiados para con él. Pero esto sólo es verdad, como lo dice la Corte de Rouen, para los *gastos de distribución*. En cuanto á las costas para la conservación y realización de la prenda son comunes al propietario; debe, pues, ayudar á soportarlas y, por consiguiente, están privilegiadas para con él. (3) Veremos más adelante otra aplicación del principio.

1 Martou, t. II, p. 26, núm. 318. Aubry y Rau, t. III, ps. 128 y siguientes, pfo. 260. Pont, t. I, ps. 48 y 49, núms. 67 y 68.

2 Denegada, Sección Civil, 20 de Agosto de 1821 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 603).

3 Rouen, 30 de Enero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 37). Véase otra aplicación del mismo principio en una sentencia de Casación de 26 de Julio de 1848 (Dalloz, 1849, 1, 328).

§ II.—APLICACION DEL PRINCIPIO.

Núm. 1. Gastos de cédulas y de inventario.

329. Los gastos de cédulas, de guardia y de inventario han sido siempre considerados como costas judiciales y privilegiados con este título. Y como todos los acreedores están interesados en que los bienes del deudor se conserven los gastos que tiendan á conservar la prenda son en general privilegiados para con todos. Decimos en general, pues nada hay absoluto en esta materia. La sentencia de la Corte de Rouen que acabamos de citar decide que los gastos de conservación están privilegiados para con el dador; hay que añadir la condición: si la aprovecha. Pero el propietario tiene vías más expeditas para impedir la substracción de los muebles: es el embargo—empeño y el embargo reivindicatorio; si recurre á ellos los gastos de cédulas y de inventario le son extraños y, por tanto, no tiene que soportarlos. (1) El dador puede también, como todo acreedor, requerir la puesta de cédulas; se entiende que en este caso los gastos están privilegiados para con él, pues se le puede aplicar la regla que domina esta materia; á saber: que el acreedor que hace gastos debe sufrirlos. (2)

330. ¿Están privilegiados los gastos de cédulas para con los acreedores hipotecarios? En principio nó; las cédulas conservan el mobiliario y los acreedores hipotecarios ejercen su derecho en los inmuebles. Se objeta que los acreedores hipotecarios tienen interés en la conservación del mobiliario: primero, porque puede haber títulos que establezcan derechos de propiedad del deudor en los inmuebles afectos al pago de sus créditos, y después, porque tienen un recurso

1 Mourlón, Repeticiones, t. II, p. 27, núm. 322 y los autores que cita. Compárese Troplong, núm. 124.

2 París, 27 de Marzo de 1824 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 169).
P. de D. TOMO XXIX—53

subsidiario en la masa mueble en caso de insuficiencia de los bienes hipotecados. (1) En cuanto á los títulos habría que suponer que los hay; hay que suponer, además, que la propiedad está contestada. Si estas dos condiciones se encuentran el acreedor hipotecario tendría que concurrir al pago de gastos; pero esto es una excepción rara y no se puede, por razón de un interés puramente eventual, sentar como regla que los gastos están privilegiados para con los acreedores cuando casi siempre estos gastos les son inútiles. Lo mismo pasa con el recurso subsidiario que los acreedores ejercen en los muebles; no es un motivo para privilegiar los gastos de cédulas en los bienes inmuebles gravados con hipotecas; esto es evidente; si los acreedores concurren realmente en la masa mueble tienen por esto mismo que contribuir al pago de los gastos de cédulas, puesto que estos gastos se toman por prelación en la masa. (2) La Corte de París objeta que las costas judiciales están privilegiadas en los inmuebles; sin duda, pero con esta distinción: que no pueden ser tomadas en el precio de los inmuebles en cuyo interés no han sido hechas.

330 bis. La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad que fué llevada ante la Corte de Casación de Bélgica. Después de la muerte de un comerciante su viuda hizo proceder á inventario para la conservación de sus derechos y de todos los demás. Posteriormente el difunto fué declarado en quiebra. El notario reclamó el privilegio por los gastos de inventario. Oposición del curador. El Tribunal de Comercio decidió que los gastos no estaban privilegiados, visto que el inventario había sido formado en el personal interés de la viuda, legatario universal, para resguardar sus derechos; en cuanto á los acreedores no podía decirse que tuviesen interés en el inventario, pues esto no era

1 Durantón, t. XIX, p. 42, núm. 40. Troplong, núm. 131.

2 París, 28 de Enero de 1812 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 210).

necesario para el ejercicio de sus derechos. En el recurso la sentencia fué casada. Importa hacer constar los motivos. El inventario había sido hecho el 27 de Junio de 1874 y la quiebra sólo fué declarada el 4 de Agosto siguiente. Para ver si los acreedores tenían ó no interés en el inventario hay que hacer abstracción de la declaración de quiebra, la que, posterior al inventario, no pudo modificar el carácter de los gastos. Y el inventario hecho después de la muerte de un comerciante interesa á todos aquellos que tienen un derecho que ejercer en los valores muebles que el difunto deja; luego los acreedores estaban interesados en los gastos del inventario aunque el notario hubiera procedido á ello á pedido de la viuda. Síguese de esto que cuando la formación del inventario los gastos eran privilegiados. ¿Podrán perder este carácter por la declaración de quiebra? El notario tenía un derecho adquirido para ser pagado de preferencia á los demás acreedores; este derecho no podía serle quitado. Esto supone que el privilegio es un derecho real, y afecta con tal título los bienes gravados por él. Esto es lo que la Corte dice implícitamente al añadir: "que los bienes inventariados se encontraron en la masa de la quiebra con el derecho de privilegio que tenían en favor del notario instrumentador." (1)

Núm. 2. Gastos de embargo y de venta.

331. Se distinguen los gastos ordinarios y los extraordinarios. Los primeros son los que deben hacerse para realizar la prenda común de los acreedores. Son más necesarios que los de conservación, no siéndolo éstos más que por razón de la mala fe del deudor, lo que es la excepción; mientras que no se concibe la distribución de la prenda entre los acreedores sin que los bienes sean vendidos. Luego todos

1 Casación, 30 de Diciembre de 1875 (Pasierisia, 1876, 1, 47).

los acreedores, sin distinción, tienen que sufrir estos gastos.

332. En cuanto á los gastos extraordinarios la ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación dice que serán pagados por privilegio en el precio cuando así lo haya ordenado el juez. Hé aquí un caso en que el juez goza de un poder discrecional; la existencia misma del privilegio depende de su decisión. Esto no está en el espíritu de la ley; es el legislador y no el intérprete quien confiere el privilegio; mientras que en el caso la ley bien dice que los gastos judiciales están privilegiados, pero permite al juez decidir que los gastos extraordinarios no son gastos privilegiados. ¿Cuál es la razón de esta disposición excepcional? Se entiende por gastos extraordinarios los que se hacen en las contestaciones suscitadas, ya por el embargo, ya por un acreedor. En principio estos gastos deben gozar de un privilegio si se hacen por interés común de los acreedores: ¿Pero cómo saber si así es? El embargado puede tener un móvil bien distinto, el de retardar la venta con la esperanza de procurarse recursos; algunas veces tiene un motivo menos laudable, el de estorbar el embargo con chicanas. Cuando son los acreedores los que contestan los derechos de otro acreedor se podía creer que obran siempre en interés de la masa, pero pueden también dejarse inspirar por malas pasiones; en todo caso no había que inclinarlos á pleitear mal ó bien, poniendo á cargo de la masa todos los gastos que hicieran. Como no había medio de decidir *a priori* estas dificultades de hecho la ley tuvo que atenerse al juez. Esto no quiere decir que el juez tenga un poder arbitrario; tiene que conformarse al espíritu de la ley, examinando si los gastos se hicieron ó no en interés común de los acreedores; tal vez el legislador hubiera obrado bien en decirlo. (1)

¿Qué debe decidirse de los gastos extraordinarios que se

1 Martou, Comentario, t. II, p. 31, núm. 329.

hacen en el procedimiento del embargo mobiliario? Martou contesta que se reconoce generalmente el mismo poder al juez, porque hay una misma razón. Esto es verdad; ¿pero puede argüirse por analogía en materia de excepción? Esta es una dificultad de teoría, pues si se niega al juez el poder de apreciación en virtud del art. 1854 lo ejercerá en virtud de la Ley Hipotecaria y del Código Civil. En efecto, la única condición que la ley exige para que las costas judiciales estén privilegiadas es que hayan sido hechas en común interés de los acreedores, y al juez toca decidir si los gastos interesan á todos los acreedores; la cuestión es de hecho más que de derecho, y por esto mismo el juez del hecho tiene poder de aplicación.

Núm. 3. Gastos de distribución y de orden.

333. El Código de Procedimientos dice en el art. 662 que los gastos de persecución se pagarán por privilegio. ¿Cuáles son estos gastos de persecución? El rubro del título XI nos lo dice: se trata de la distribución por contribución. Estos gastos interesan á todos los acreedores, puesto que no pueden ser pagados mientras que no se fije la distribución.

334. Esto no tiene dificultad para los gastos ordinarios. ¿Qué debe decidirse de los gastos extraordinarios á que dan lugar las contestaciones de los acreedores entre sí? Hay que aplicar el principio general que gobierna la materia. Las contestaciones son relativas al interés particular de las partes en causa; no puede tratarse de un privilegio, sólo los gastos que interesan á todos los acreedores son privilegiados. ¿Quién decidirá si hay interés común? El juez, según lo que acabamos de decir (núm. 332).

335. La contestación se suscita contra un acreedor y el demandante quiere que se reduzca ó deseche el crédito de aquél; obtiene en la causa; ¿la parte que sucumbe pierde las

costas? Son privilegiados estos gastos? Se está acorde en decidir que estos no son gastos privilegiados. ¿No es esto muy absoluto? Si los gastos extraordinarios en materia de embargo y de venta pueden ser puestos á cargo de la masa (núm. 332) ¿por qué no había de ser lo mismo con los gastos en materia de distribución? ¿No es un interés común el apartar á un acreedor cuyo derecho no está claro? Sucedería diferentemente si un acreedor contestara el lugar de otro y si la contestación sólo interesara á las dos partes que litigan: no siendo el interés común no puede tratarse de privilegio. (1)

336. Suponiendo que los gastos no estén privilegiados ¿no debe, cuando menos, admitirse que si el crédito es privilegiado los gastos participan del lugar del crédito principal? La afirmativa está consagrada por la jurisprudencia y tal es también la opinión común de los autores. Esto es dudoso. No hay privilegios sin textos; y ¿dónde está el texto que declare privilegiados los gastos que hace un acreedor para obtener una preferencia para con los demás? Estos no son costas judiciales, y la ley no da privilegio á otros. Decir que los gastos están privilegiados á título de accesorio es sobrepasar la ley; los verdaderos accesorios de un crédito son los intereses, porque es de la naturaleza de los créditos producir intereses; y no se dirá seguramente que es de la naturaleza de los créditos privilegiados engendrar pleitos. No es por accidentes por lo que surgen contestaciones acerca de la existencia de un privilegio; si la cuestión sólo interesa á los litigantes no puede tratarse de privilegiar los gastos; se permanece bajo el imperio del derecho común. (2)

1 Véase la aplicación del principio en una sentencia de la Corte de París de 5 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 183).

2 Martou, t. II, p. 34, núm. 331. En sentido contrario, Durantón, t. XIX, página 43, núm. 42. Persil, Régimen hipotecario, t. I, p. 62 (art. 2101, núm. 1).

Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en sentido contrario. (1) La Corte dice muy bien que los autores de un crédito forman su accesorio y son de igual naturaleza. Se oponía la ley de 1851, art. 87, que no admite la colocación de los acreedores privilegiados sino sólo para tres años de réditos. La Corte contesta, y también tiene razón en esto, que esta disposición deroga el derecho del acreedor inscripto en un inmueble en interés de los terceros; pero la ley no restringe el derecho del acreedor privilegiado en los muebles; lo que decide la cuestión en su favor. Pero la Corte hace mal, en nuestro concepto, cuando agrega que lo mismo pasa con las costas judiciales; decir que estos gastos son un accesorio del crédito principal es hacer una afirmación, y afirmar no es probar.

337. Se siguen los mismos principios para el procedimiento *del orden*. Según el art. 759 del Código de Procedimientos el juez comisario liquida los gastos de persecución y de radicación, y estos gastos están colocados con preferencia á cualquier otro crédito. La razón es la misma que la que hemos dado para los gastos de contribución; los acreedores hipotecarios no pueden ser pagados sino cuando el orden en el que deben recibir su pago está fijado; esto es, pues, un gasto necesario y que se hace en su interés; por tanto, los gastos están privilegiados.

Pueden surgir contestaciones acerca de las actas del juez comisario. ¿Estos gastos extraordinarios serán privilegiados? El Código de Procedimientos contiene á este respecto disposiciones especiales (arts. 760-768) á las que volveremos, siendo esta materia relativa al procedimiento más que al derecho civil. (2)

1 Bruselas, 26 de Noviembre de 1868 (Pasiorisia, 1869, 2, 129).

2 Véase Martou, Comentario, t. II, p. 36, núms. 334 y 335.

Núm. 4. Gastos de partición.

338. La partición de una sucesión, de una comunidad, de una sociedad, da lugar á gastos. ¿Se pregunta si estos gastos son privilegiados? Sí, cuando son costas judiciales; es decir, cuando se hacen en interés común para liquidar bienes comunes. El principio no está contestado, está escrito en la ley; la aplicación ha dado lugar á dificultades.

339. Un decreto real erige en iglesia parroquial una capilla antigua, suprimida durante la revolución francesa y cuyos bienes todos habían sido reunidos á los de otra iglesia. De esto una instancia por partición de bienes. La fábrica defensora sostuvo que no había lugar á dividir los bienes adquiridos durante la reunión de ambas iglesias. ¿Las costas de esta instancia eran costas judiciales á cargo de la masa? Nó, dijo la Corte de Bruselas, y con razón; en efecto, no se trataba de operación de partición hecha en interés común; el derecho á la partición estaba contestado, y lo estaba por interés de una de las partes litigantes; éstos eran, pues, gastos á cargo de la parte que perdiera (núm. 364). (1)

340. Para que haya privilegio es necesario que los gastos estén hechos en común interés. Los copartícipes tienen un interés común cuando se trata de operaciones que ponen fin á la indivisión. Sucede amenudo que los acreedores de los copartícipes piden la partición ó intervienen de ella; en este caso están igualmente interesados y, por tanto, los gastos están privilegiados para con ellos. En efecto, conforme á la ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada (art. 2, pfo. 1.º) los acreedores de los copartícipes no pueden embargar las partes indivisas antes de la partición ó de la licitación; están, pues,

1 Bruselas, 11 de Mayo de 1868 (Pasieris, 1871, 2, 454).

interesados en que cese la indivisión, puesto que no pueden obrar mientras ésta dura.

Los acreedores hipotecarios tienen, en general, un derecho directo en los bienes que les permite embargarlos sin que su acción esté detenida por las contestaciones en las que esté comprometido el propietario. Si se trata de un procedimiento de partición hay que distinguir. El principio recibe su aplicación á los acreedores hipotecarios del difunto, no tienen ningún interés en la partición, lo que no tiene ninguna influencia en sus derechos; luego los gastos de partición no son costas de partición para con ellos. (1) No sucede lo mismo si la hipoteca fué consentida por un copartícipe. La validez de la hipoteca depende, en este caso, del resultado de la partición; si el inmueble cae en el lote de aquel que consintió la hipoteca ésta es válida; si cae en el lote de otro copartícipe es nula. Este principio fué modificado por la ley de 1854 acerca de la expropiación. En caso de licitación el acreedor hipotecario puede ejercer su derecho en el precio, y en caso de partición con saldo en las sumas que el deudor del saldo tiene que pagar. El acreedor hipotecario está, pues, interesado siempre en las operaciones de la partición, lo que decide la cuestión de gastos. (2)

341. ¿Los gastos de una partición puramente voluntaria están privilegiados? Fué sentenciado que el crédito del notario que procedió á la partición no goza de ningún privilegio; no son gastos judiciales, puesto que se supone que no hay ningún procedimiento de partición; luego tampoco intervención del juez ni concurso de acreedores. En estas circunstancias la partición notariada no difiere en nada de un contrato ordinario, tal como una venta; queda bajo el impe-

1 Bourges, 16 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 118).

2 Martou, Comentario, t. II, p. 42, núm. 341.

rio del derecho común en lo relativo á los gastos hechos por las partes contratantes. (1)

342. ¿Qué debe decidirse de los gastos ocasionados por los pleitos que surgen durante una instancia de partición ó después de ésta? Ordinariamente el proceso sólo versa en el interés del demandante, y desde que los gastos se hacen en interés individual no puede tratarse de un privilegio. Una viuda forma una demanda de partición con objeto de que se determine la importancia de sus devoluciones. ¿Los gastos de la instancia están privilegiados para con los acreedores? Se puede decir que estos gastos tienen por objeto aumentar el patrimonio del deudor y que, en este sentido, interesan á los acreedores. Pero este interés lejano no basta para que los gastos estén privilegiados para con éstos (núm. 325). En el caso que se presentó ante la Corte de Casación no había mucha duda: los derechos de los acreedores sólo habían nacido posteriormente á la instancia; desde luego no podía decirse que los gastos eran hechos en interés suyo. (1)

Lo mismo sucedería con los gastos de una contestación suscitada por algunos acreedores de un copartícipe contra las operaciones de la partición en el interés solo de aquéllos. Este es el caso de decir que la condenación á las costas es la pena del litigante temerario: los que sucumben las pagan. Tomarlos de la masa fuera hacerlos cargar en parte por unos acreedores que no tomaron ningún participio en el proceso y que no quisieron tomar parte en él, puesto que no han intervenido. No hay, pues, interés común, y sin interés común no se concibe privilegio de costas judiciales (núm. 318). (3)

1 Denegada, 14 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 32).

2 Denegada, Cámara Civil, 24 Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 374).

3 Orleáns, 26 de Julio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 29).

Núm. 5. Gastos de administración de una sucesión beneficiaria.

343. El heredero beneficiario administra la sucesión en interés de los acreedores y legatarios y en el suyo. Hay, pues, un interés común y, por tanto, los gastos necesarios á la gerencia deben ser sufridos por todos los interesados; es decir, que son costas judiciales. (1)

344. ¿Cuáles son los gastos de administración que gozan de un privilegio? El art. 810 dice que los gastos de cédulas, inventario y de cuenta están á cargo de la sucesión. Esta disposición no es restrictiva. El heredero beneficiario está en el caso de sostener procesos en interés de la sucesión, ya sea demandando ó defendiendo; representa á todos los interesados, acreedores y legatarios; los gastos se hacen, pues, en interés común; por tanto, están privilegiados. (2)

Sin embargo, puede suceder que los gastos de procesos no estén privilegiados para con todos los acreedores. No debe perderse de vista que el privilegio de los gastos de justicia tiene una causa esencialmente relativa: el interés de los que los hacen y que deben soportarlos. El heredero beneficiario contesta una demanda por pago formada por dos acreedores privilegiados; sucumbe. ¿Estarán privilegiados los gastos para con los demandados? Nó, dice la Corte de Casación, pues sería absurdo decir que estos gastos han sido hechos en interés de los acreedores contra los que el heredero promovía, y sería lo mismo de absurdo decir que era representante de aquellos á quienes combatía. Luego los gastos no eran privilegiados más que con relación á los demás acreedores y á los legatarios. Ya hemos relatado el caso en otro lugar (t. X, núm. 188).

1 Burdeos, 12 de Abril de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 242).

2 Amiérs, 24 de Abril de 1822 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 501, 1.º).

Núm. 6. Gastos de curatela de una sucesión vacante.

345. El curador de una sucesión vacante administra en interés de los herederos, si los hay, y de los acreedores. Es con este objeto por lo que fué nombrado. Está, en general, asimilado á un heredero beneficiario (art. 814); se le debe, pues, aplicar el art. 810 y lo que acabamos de decir de los gastos de administración. Hay, sin embargo, una diferencia notable entre el heredero beneficiario y el acreedor; éste recibe un salario mientras que el heredero no lo tiene. De aquí la cuestión de saber si el salario está comprendido entre los gastos privilegiados. El Tribunal de Amberes lo había decidido negativamente fundándose en el sentido de la palabra *gastos* que implica una expensa y no recibe aplicación á honorarios. Esta decisión fué reformada en apelación, y en el recurso intervino una sentencia de denegada. ¿Qué son las costas judiciales? La Corte contesta que las actas hechas bajo autorización de la justicia para la conservación y la liquidación de los bienes de un deudor en interés de sus acreedores, ya directamente por ella ó ante ella, ya por personas que la ley le ordena nombrar para una administración: tal es el curador. ¿Puede haber una curatela sin salario? Nó, pues la curatela sólo se acepta por razón del salario que tiene; desde luego el salario debe estar comprendido entre los gastos que necesita el interés común, pues el mayor interés de los herederos y acreedores, si los hay, es que exista un curador que administre los bienes. (1)

346. Debe decirse de los gastos de curatela lo que hemos dicho de los gastos de justicia; están privilegiados sólo para con aquellos en cuyo interés se hacen. Se ha preguntado si estos gastos estaban privilegiados para con un dador. En el caso conocido por la Corte de Lyon no había ninguna

1 Denegada, 23 de Junio de 1834 (Pasicrisia, 1834, 1, 173). Compárese Bruselas, 25 de Mayo de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 132).

dada, cuando menos respecto á los gastos de nombramiento, pues el dador mismo había provocado la sentencia que nombró un curador en la sucesión vacante. La Corte decidió que los gastos de conservación y de venta deben también tomarse del precio de venta de preferencia á las rentas. (1) Esta es una decisión de hecho más bien que de derecho. El dador tiene una vía particular para realizar su privilegio: es el embargo-empeño; si usa de él no puede tratarse de hacerle sufrir más gastos de los que hace; si no usa de esta vía es necesario naturalmente que el curador proceda á la venta, y en este caso el dador queda sometido al derecho común. Hay también otra dificultad. Si el nombramiento de curador fuera provocado por otro acreedor ó por el Ministerio Público. ¿se preferirían al dador los gastos necesarios para el nombramiento? En nuestro concepto sí, pues es necesario, en todo caso, que haya un curador contra el que el dador promueva; luego los gastos de nombramiento interesan á todos los acreedores que están en el caso de obrar; por consiguiente, los gastos están privilegiados para con todos ellos.

Núm. 7. De la quiebra.

347. La ley acerca de las quiebras dice (art. 501) que se tomen del activo mueble del quebrado los gastos y costas de la administración de la quiebra. Estos gastos están, pues, privilegiados. Esto es la aplicación del principio general que rige los gastos de justicia. La administración de la quiebra es una administración judicial que tiene por objeto el común interés de los acreedores; los gastos son, pues, costas judiciales, según la definición dada por nuestra Corte de Casación (núm. 345) en lo que se refiere á las administraciones judiciales. Entre los gastos y expensas hay que

1 Lyon, 16 de Enero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 296).

comprender no sólo los de gerencia propiamente dicha sino ante todo los que tuvieron que hacerse para la declaración de la quiebra, así como los gastos de los procesos sostenidos por los curadores en interés de la masa. El art. 501 sólo da el privilegio sobre el activo mueble; sin duda, porque generalmente el activo inmueble queda absorbido por los acreedores hipotecarios, los que no tienen ordinariamente ningún interés en la administración de la quiebra, como lo vamos á ver. Lo seguro es que el privilegio de las costas de justicia en materia de quiebra versa en los inmuebles tanto como en los muebles, en virtud del art. 17 de la Ley Hipotecaria, salvo á aplicar el principio consagrado por esta disposición: que el privilegio no recibe aplicación más que para los acreedores y bienes en cuyo interés se hicieron los gastos (núm. 328).

Hay también que aplicar á los gastos de quiebra lo que hemos dicho de los gastos de curatela; se comprenden en ellos los honorarios de los curadores y síndicos. La jurisprudencia está en este sentido y esto no es dudoso. (1)

348. Los intereses de los diversos acreedores en caso de quiebra son muy complicados; de donde resultan numerosos conflictos, especialmente para apartar los créditos privilegiados. Es necesario mantener el principio del carácter relativo de los gastos de justicia: privilegiados para con aquellos en cuyo interés se hacen no gozan de ninguna preferencia para con los acreedores que no tienen en ellos ningún interés. El dador tiene un privilegio en los muebles que se encuentran en la casa arrendada; si el arrendatario cae en quiebra ¿el propietario será preferido por los gastos hechos para la declaración de quiebra y la administración de bienes? La jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa, que no nos parece dudosa. En efecto, el dador no tiene ningún interés en que el locatario esté declarado en quiebra,

1 Colmar, 4 de Julio de 1831 (Daloz, en la palabra Quiebra, núm. 555).

tiene una acción directa en los muebles privilegiados, puede embargarlos en prenda; luego los gastos de declaración de quiebra le son extraños. La Corte de Bruselas lo sentenció así, y agrega que sólo pueden tomarse del precio de los muebles que están en la casa los gastos de embargo y de venta, siendo estos gastos necesarios para la realización del privilegio. (1)

349. ¿Los bienes hipotecados prevalecen á los créditos hipotecarios por los gastos de la quiebra? Hay alguna incertidumbre acerca de esta cuestión en la jurisprudencia. La Corte de Casación de Bélgica ha consagrado los verdaderos principios. Se trataba en la especie del lugar que reclamaban los síndicos para sus gastos de gerencia: pretendían prevalecer al acreedor hipotecario, al Estado ó á la administración de los dominios inscriptos en el inmueble. ¿Los gastos de la quiebra estaban privilegiados sobre el precio del inmueble? Sí, decía el recurso. Los síndicos son los mandatarios de todos los acreedores, sin distinción entre los que tienen una hipoteca y los que no la tienen: los gastos son, pues, un cargo común que gravan todos los bienes, tanto muebles como inmuebles; porque no hay dos masas de bienes en una quiebra, es un patrimonio único el que giran los síndicos en nombre de los acreedores. Esto es mal razonar y no tener en cuenta el carácter relativo de las costas judiciales: hay en el punto de costas tantas masas diferentes como bienes que aprovechan ó no de los gastos. En la especie las costas aprovechaban á los acreedores quirografarios; luego los síndicos podían pagar por prelación el precio de los muebles; las costas aprovechaban aun á los que tenían derechos que ejercer sobre los inmuebles hipotecados; por tanto, las costas tenían privilegios con respec-

1 Bruselas, 2 de Noviembre de 1842 (Pasieris, 1842, 2, 312). Lyon, 27 de de Marzo y 1.º de Abril de 1841 [Daloz, en la palabra Privilegios, núms 602, 3.º y 163] y 16 de Enero de 1851 (Daloz, 1852, 2, 296).

to á ellos y podían pagarse con prelación sobre el precio de dichos inmuebles. Pero estos gastos no aprovechaban á los acreedores teniendo hipoteca en el inmueble, luego no tenían que soportarlos. ¿Quiere esto decir, como fué sentenciado, que los acreedores hipotecarios no deban nunca contribuir á los gastos? Nó, la Corte de Casación dice muy bien que los acreedores hipotecarios no son extraños á la quiebra; toman parte en el nombramiento de síndicos; éstos son, pues, mandatarios suyos, como lo son de los acreedores quirografarios; por tanto, deben concurrir en los gastos de su gerencia, no para todos los gastos sino para los que se hacen en su interés y en la medida de dicho interés. La conclusión de la Corte es que, en el caso, el acreedor hipotecario no estaba obligado al pago de los gastos que no se referían al inmueble hipotecado. (1)

La Corte de Casación de Francia se pronunció en el mismo sentido. Dice que los acreedores hipotecarios están colocados fuera de la quiebra para todos los derechos que sus hipotecas pueden garantizar útilmente. De esto se sigue que el privilegio para los gastos de gestión de quiebra no puede afectar su prenda inmobiliar más que en el caso en que estos gastos les han aprovechado directa ó indirectamente. La dificultad se resuelve, pues, en un punto de hecho; si los gastos hechos por el síndico han aprovechado á los acreedores hipotecarios estos gastos se tomarán del precio del inmueble hipotecado; en el caso contrario los acreedores hipotecarios no están prevaletidos por los gastos de justicia. (2)

350. Fué sentenciado que los gastos de cédulas y de inventario aprovechan á los acreedores hipotecarios sin más mo-

1 Denegada, 15 de Julio de 1847 (Pasicrisia, 1848, 1, 89). En sentido contrario, París, 27 de Abril 1846 y Rouen, 6 de Noviembre de 1812 (Dalloz, en la palabra Quiebra, núm. 1048).

2 Denegada, Cámara Civil, 8 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 4, 304); Denegada, 13 de Abril de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 417). Compárese Burdeos, 20 de Agosto de 1836 (Dalloz, en la palabra Quiebra, núm. 1048).

tivos, (1) probablemente por razón del interés eventual que tienen los acreedores en ser colocados en el precio de los muebles en caso de insuficiencia de los inmuebles. Ya hemos dicho que este interés eventual no es una razón para tomar los gastos en los inmuebles, puesto que para ellos no hay interés en aquel momento en que el mobiliario esté conservado (núm. 329). Pero cuando los acreedores hipotecarios representen á la masa mobiliaria sufrirán por esto mismo su parte en los gastos generales, tomándose dichos gastos del precio de los inmuebles.

Hay por contra gastos que se toman exclusivamente en el precio de los inmuebles hipotecados. Son los gastos de venta de estos bienes. Son extraños á la masa mobiliaria; tienen, pues, que prevalecerles los acreedores que tienen acción en los muebles. (2)

351. Se presentó ante la Corte de Casación de Francia una cuestión, de la que tenemos que decir algunas palabras porque recibe, según nuestra legislación, una solución diferente de la que le fué dada conforme al Código Civil. El síndico paga una prima de seguro de un inmueble comprendido en la masa: ¿puede figurar este gasto entre las costas judiciales privilegiadas? Sí, dice la Corte de Casación, si es un gasto que los síndicos tuvieron que hacer; y, por tanto, se tomará del activo mueble de la masa quirografaria, conforme al art. 565 (561 del Código belga) del Código de Comercio. Pero no se puede colocarlo á título de costas judiciales en el precio de los inmuebles asegurados en perjuicio de los acreedores hipotecarios, pues no conservan la prenda; no aprovechan, pues, á los acreedores y, por consiguiente, para con ellos estos gastos no son costas judiciales. En efecto, si el inmueble llega á ser destruido por un

1 Rouen, 2 de Diciembre de 1841 (Dalloz, en la palabra Quiebra, número 1048). Riom, 24 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 161).

2 Bruselas, 7 de Marzo de 1849 [Pasicrisia, 1850, 2, 101].

incendio la prenda de los hipotecarios perece. Así pasaba bajo el imperio del Código Napoleón: la indemnización debida por el asegurador no reemplazaba el inmueble asegurado, sólo constituía un simple crédito mueble que caía en la masa quirografaria del asegurado. De esto se sigue que la prima debía ser pagada por esta masa, á la que aprovechaba, y no á los acreedores hipotecarios, á los que no aprovechaba. (1)

Nuestra Ley Hipotecaria ha derogado á este respecto el Código Civil; la indemnización debida por el asegurador reemplaza el inmueble asegurado, y por medio de una subrogación real está afecta especialmente al pago de los derechos hipotecarios (art. 10). De esto una consecuencia enteramente diferente en lo relativo á los acreedores hipotecarios, en cuanto á la naturaleza del gasto que los aprovecha, mientras no aprovecha á la masa quirografaria; es, pues, justo que esté privilegiado para con los primeros.

Núm. 8. ¿Cómo se ejerce el privilegio cuando versa en los inmuebles y en los muebles.

352. Bajo el imperio del Código Civil los privilegios generales en los muebles se extendían á los inmuebles, pero no se ejercían en la masa inmobiliar más que en caso de insuficiencia de los muebles (art. 210). ¿Sucede lo mismo con las costas judiciales, único privilegio que, según la nueva ley, grava los muebles y los inmuebles? El art. 17 no reproduce la restricción que se encontraba en el artículo 2105: no dice que el privilegio se ejerce en orden sucesivo; el texto implica, por el contrario, que los inmuebles y los muebles están gravados indistintamente.

El silencio de la ley es significativo, pues el proyecto presentado á las cámaras contiene un párrafo que dice: "En

1 Casación, 26 Enero 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).

los casos en que los gastos se extienden á la generalidad de los muebles é inmuebles no se pagarán del precio de los inmuebles más que en caso de insuficiencia del mobiliario." Esta disposición ha sido retirada por proposición de la comisión del Senado. Se lee en el informe de M. d'Anethán: "Si los gastos han sido hechos para los muebles y para los inmuebles ¿por qué no ejercer el privilegio proporcionalmente en ambas masas? ¿Para qué dar una ventaja á los acreedores privilegiados en los inmuebles á costas de los acreedores privilegiados en los muebles?" La supresión votada por el Senado fué admitida por la Cámara de Diputados por informe de M. Lelièvre. Los gastos judiciales, dijo el Relator, deben alcanzar todos los bienes en cuyo interés fueron hechos. Hay, pues, que tomarlos convenientemente, pero en proporción de su importancia, en los inmuebles y en los muebles, si estos gastos aprovechan á la masa inmobiliar y á la mobiliario. (1)

353. Los relatores de ambas cámaras dicen que las dos masas deben contribuir proporcionalmente en los gastos. Esto quiere decir que cada bien sólo soporta el crédito privilegiado por una parte de los gastos correspondientes á su valor; esto es la consecuencia lógica del principio que domina en esta materia; á saber: que el privilegio de las costas judiciales es un privilegio esencialmente relativo que sólo se ejerce en los bienes en cuyo interés fueron hechos; y el interés es proporcional al valor de los bienes, lo que conduce á una repartición proporcional del privilegio. Se objetará en vano que las observaciones de los relatores no han sido formuladas en el artículo de la ley; es seguro que los informes no tienen fuerza legal. Pero en la cuestión que discutimos los relatores no han hecho más que aplicar á los privilegios de los gastos de justicia un principio que deriva de la esencia de este principio y que está consagrado por

1 D'Anethán, informe [Parent, p. 402], Lelièvre, informe [Parent, p. 522].

el art. 17. Se debiera haberlo decidido así, aunque los informes no lo hubieran explicado. Citamos las palabras de los relatores porque tienen una gran autoridad no sólo como órganos de una comisión sino también como jurisconsultos. (1)

SECCION III.—De los privilegios en los muebles.

354. «Los privilegios son generales ó particulares en ciertos muebles» (art. 18). Ya hemos dicho (núm. 318) cuál es el sentido de esta clasificación y cuáles diferencias hay en los privilegios mobiliarios y los inmobiliarios (número 318).

ARTICULO 1.º —De los privilegios generales sobre los muebles.

355. El art. 19 (Código Civil, art. 2101) enumera estos privilegios que son en número de cinco. Se ha dicho que era inútil repetir que los gastos judiciales están privilegiados en la generalidad de los muebles después de haber dicho el art. 17 que este privilegio versa en *los muebles y en los inmuebles*. Decir que grava todo el patrimonio del deudor es decir implícitamente que grava una parte de este patrimonio. No obstante, la repetición tiene su razón de ser; desde luego porque una disposición que enumera los privilegios generales debe comprenderlos todos; y después, la ley tenía que mencionar los gastos judiciales para asignarles su lugar. En efecto, el art. 19 no se limita á enumerar los privilegios generales en los muebles, los clasifica como sigue: «Los créditos privilegiados en la generalidad de los muebles son los que se expresan en seguida *y se ejercen en el orden siguiente*.» El número que lleva indica, pues,

1 Martou, Comentario, t. II, p. 58, núm. 350. Compárese Cloes, Comentario, t. I, p. 199, núm. 358.

su lugar. Para completar esta regla de clasificación hay que agregar el art. 14, según el cual los créditos privilegiados que tienen el mismo lugar se pagan por contribución. El Código Civil repetía esta disposición en el núm. 3 del art. 2101 hablando de los gastos de última enfermedad. Esto era inútil, puesto que el principio general escrito en el art. 2097 (Ley Hipotecaria, art. 14) recibe su aplicación á todos los privilegios que tienen el mismo lugar. Los autores de la ley belga han suprimido esta redundancia.

356. Nada tenemos que decir del privilegio de costas judiciales que gravan los muebles; este privilegio es idéntico al del art. 17, de modo que todo lo que acabamos de decir de los gastos de justicia se aplica al art. 12, núm. 1. Esto no quiere decir que el privilegio produzca el mismo efecto cuando es inmobiliario y cuando es mobiliario; estas dos clases de privilegios difieren considerablemente, así como lo hemos dicho (núm. 318). Como privilegio inmobiliario las costas judiciales debieran publicarse; la nueva ley las dispensa de la inscripción; diremos por qué razón al tratar de la conservación de los privilegios. Los privilegios inmobiliarios sólo dan el derecho de persecución á condición de ser inscritos; el privilegio de costas judiciales, estando dispensado de la inscripción, produce todos sus efectos: la preferencia y el derecho de persecución sin publicidad.

§ I.—DE LOS GASTOS FUNERARIOS.

357. En el segundo lugar de los créditos privilegiados en la generalidad de los muebles la ley coloca los gastos de funerales (art. 19, 2.º) ¿Cuál es la *calidad* de este crédito que da al acreedor el derecho de ser preferido á los acreedores quirografarios? Los jurisperitos romanos contestan que el privilegio, al asegurar los gastos de funerales, impide que los cadáveres queden sin sepultura. Hay, pues, una razón de salubridad pública, que es evidente. Hay tam-

el art. 17. Se debiera haberlo decidido así, aunque los informes no lo hubieran explicado. Citamos las palabras de los relatores porque tienen una gran autoridad no sólo como órganos de una comisión sino también como jurisconsultos. (1)

SECCION III.—De los privilegios en los muebles.

354. «Los privilegios son generales ó particulares en ciertos muebles» (art. 18). Ya hemos dicho (núm. 318) cuál es el sentido de esta clasificación y cuáles diferencias hay en los privilegios mobiliarios y los inmobiliarios (número 318).

ARTICULO 1.º —De los privilegios generales sobre los muebles.

355. El art. 19 (Código Civil, art. 2101) enumera estos privilegios que son en número de cinco. Se ha dicho que era inútil repetir que los gastos judiciales están privilegiados en la generalidad de los muebles después de haber dicho el art. 17 que este privilegio versa en *los muebles y en los inmuebles*. Decir que grava todo el patrimonio del deudor es decir implícitamente que grava una parte de este patrimonio. No obstante, la repetición tiene su razón de ser; desde luego porque una disposición que enumera los privilegios generales debe comprenderlos todos; y después, la ley tenía que mencionar los gastos judiciales para asignarles su lugar. En efecto, el art. 19 no se limita á enumerar los privilegios generales en los muebles, los clasifica como sigue: «Los créditos privilegiados en la generalidad de los muebles son los que se expresan en seguida *y se ejercen en el orden siguiente*.» El número que lleva indica, pues,

1 Martou, Comentario, t. II, p. 58, núm. 350. Compárese Cloes, Comentario, t. I, p. 199, núm. 358.

su lugar. Para completar esta regla de clasificación hay que agregar el art. 14, según el cual los créditos privilegiados que tienen el mismo lugar se pagan por contribución. El Código Civil repetía esta disposición en el núm. 3 del art. 2101 hablando de los gastos de última enfermedad. Esto era inútil, puesto que el principio general escrito en el art. 2097 (Ley Hipotecaria, art. 14) recibe su aplicación á todos los privilegios que tienen el mismo lugar. Los autores de la ley belga han suprimido esta redundancia.

356. Nada tenemos que decir del privilegio de costas judiciales que gravan los muebles; este privilegio es idéntico al del art. 17, de modo que todo lo que acabamos de decir de los gastos de justicia se aplica al art. 12, núm. 1. Esto no quiere decir que el privilegio produzca el mismo efecto cuando es inmobiliario y cuando es mobiliario; estas dos clases de privilegios difieren considerablemente, así como lo hemos dicho (núm. 318). Como privilegio inmobiliario las costas judiciales debieran publicarse; la nueva ley las dispensa de la inscripción; diremos por qué razón al tratar de la conservación de los privilegios. Los privilegios inmobiliarios sólo dan el derecho de persecución á condición de ser inscritos; el privilegio de costas judiciales, estando dispensado de la inscripción, produce todos sus efectos: la preferencia y el derecho de persecución sin publicidad.

§ I.—DE LOS GASTOS FUNERARIOS.

357. En el segundo lugar de los créditos privilegiados en la generalidad de los muebles la ley coloca los gastos de funerales (art. 19, 2.º) ¿Cuál es la *calidad* de este crédito que da al acreedor el derecho de ser preferido á los acreedores quirografarios? Los juriconsultos romanos contestan que el privilegio, al asegurar los gastos de funerales, impide que los cadáveres queden sin sepultura. Hay, pues, una razón de salubridad pública, que es evidente. Hay tam-

bién otro motivo de humanidad y de piedad que es también evidente: cualesquiera que sean las creencias religiosas el legislador debe cuidar, por respeto á la personalidad humana, de que los cadáveres no se abandonen como presas de las bestias salvajes. Las consideraciones religiosas toman grande importancia en las religiones que profesan la resurrección de los cuerpos. Aquí la piedad toca á la superstición y, digámoslo, á la explotación de la ignorancia y de la necesidad que un clero tan codicioso como ambicioso explota en interés de su dominación. El legislador no debe seguramente favorecer á los acreedores que hacen un oficio y un tráfico con la religión: y como es él quien crea los privilegios no debe privilegiar más que los gastos estrictamente necesarios para la inhumación de los muertos. Todo lo que pasa de estos gastos toca al abono de las cosas santas; si la ley no lo puede impedir debe, cuando menos, no favorecerlo. (1)

358. ¿Cuáles gastos están privilegiados? La ley no define los gastos de funerales, pero el motivo en el que se ha fundado en todo tiempo implica que se les debe restringir á los gastos de sepultura. En nuestro derecho antiguo se decía, como los jurisconsultos romanos, que el privilegio tenía su lugar de ser en la consideración de orden público que acabamos de exponer: *ne hominum corpora maneant insepulta*. (2) Hay una sentencia en este sentido del Tribunal del Sena. En el caso el demandante reclamaba un privilegio por el monumento fúnebre de una persona muerta insolvente. El Tribunal dijo muy bien que el único crédito privilegiado es el de los gastos necesarios para los funerales, como transporte é inhumación del cuerpo del difunto. Y un monumento funerario, por modesto que sea, es siempre

1 Compárese la disertación de Troplong (núms. 132 á 134) sobre el fundamento filosófico de este privilegio.

2 Véanse los testimonios en Martou, t. II, p. 63, núm. 355 y nota 4.

un gasto suntuoso para la sucesión de un insolvente, (1) y la ley no quiso seguramente que la prenda de los acreedores sirviera para un gasto de lujo.

Esto decide la cuestión de saber si el luto de la viuda y de los criados está comprendido en el crédito privilegiado. No entendemos por qué está controvertida. ¿No es de principio que los privilegios son de estricta interpretación? Todos los autores sientan este principio, pero lo olvidan cuando se presenta un crédito que les parece favorable. Preguntaremos si pertenece á los intérpretes decidir que un crédito es favorable. Todos contestan que no; y no es crear un privilegio que la ley no conoce el concederlo para el luto de la viuda y de los domésticos cuando la ley no privilegia más que los gastos funerarios? ¿Qué tiene de común el luto con la inhumación? La ley ve con favor el luto de la viuda y trata de procurárselo (arts. 1481-1570). Pero es sobrepasar la ley el hacer del crédito de luto un crédito privilegiado, y sobrepasar la ley en materia de privilegio es hacerla. Esto es una contestación al argumento que se toma de la tradición. «El luto, dice Pothier, que los herederos del marido están obligados á administrar á la viuda está considerado como haciendo parte de los gastos funerarios del difunto; es así como lo consideran Lebrún, Renusson y otros. En consecuencia es de uso dar á la viuda para el crédito de luto el mismo privilegio que tienen los gastos funerales.» (2) Amenudo hemos tenido ocasión de hacer constar que la tradición es un guía que extravía, y aquí es el caso. Los autores antiguos no quedaban ligados por el texto como nosotros; hacían el derecho, mientras nosotros sólo tenemos misión de interpretar la ley. ¿Y qué dice la ley? Da un privilegio á los gastos de funerales, y es de principio que no se pueden extender las causas de pre-

1 Sentencia de 6 de Mayo de 1873 [Dalloz, 1875, 3, 8].

2 Pothier, Comunidad, núm. 678.

ferencia. Esto es decisivo, pues el derecho que se reclama para la viuda no tiene nada de común con la salubridad pública ni con el respeto á la persona humana. (1)

359. Se enseña que por gastos fúnebres se deben entender no sólo los del deudor mismo sino también los de los hijos del deudor y aun de otros parientes que vivieran con él. Hay, se dice, iguales motivos para decidir. (2) Hé aquí una vez más el argumento analógico, cuando todos se hayan de acuerdo que en materia de privilegios no se permite razonar por analogía. No insistimos porque el texto de nuestra ley es decisivo; en efecto, limita el privilegio no concediendo derecho de preferencia más que á los gastos que se relacionan con la condición y la fortuna del difunto. Se trata, pues, del entierro del difunto; es decir, del deudor; el buen sentido basta para decidirlo así. Hay, en sentido contrario, una sentencia del Tribunal de Comercio de Bruges. (3)

360. ¿Cuál es la extensión del privilegio? Acabamos de decir que la ley lo limita á los gastos que la condición y la fortuna del difunto permiten hacer. El proyecto de la comisión especial decía: los gastos necesarios. M. de Brouckere, uno de los miembros de la comisión, explicó el objeto de esta restricción: «Vivimos en un siglo de vanidad, dice, y cada día se gasta más en las pompas exteriores.» Los deudores que no tienen 5000 francos en caja hacen funerales que pasan de su haber y quitan á la masa de los acreedores la parte más segura de la asociación. El principio fué admitido, pero se halló muy vaga la redacción y se la reemplazó por la que dejamos transcrita. Lo que, en nuestro concepto, es un cambio desgraciado. ¿Qué son los gastos en relación á la condición y fortuna del difunto? ¿Se puede tra-

1 Véanse los testimonios, en sentido diverso, en Pont, t. I, p. 53, núm. 73, y Aubry y Rau, t. III, p. 130, nota 11, pfo. 260. Debe agregarse Martou, t. II, p. 65, núm. 357.

2 Martou, t. II, p. 65, núm. 358. En sentido diverso los autores citados por Pont, t. I, p. 51, núm. 71.

3 Sentencia de 19 de Mayo de 1875 (Pasicrisia, 1876, 3, 179).

tar de fortuna cuando se trata de privilegios; es decir, cuando el deudor muere insolvente? La fortuna del difunto no era, en este caso, más que una mentira, ¿y qué importa entonces la condición? Aunque perteneciera á la clase social más elevada el legislador no debería autorizar los gastos privilegiándolos cuando estos gastos, en realidad, los cargan los acreedores. Por lo demás, los tribunales gozan aquí de un poder discrecional que harían bien en usar para reducir el privilegio á los gastos necesarios, como lo decía el proyecto de la comisión, que era más preciso que la redacción con que se le ha substituído, y no hay más necesidad que los gastos de sepultura los más sencillos; desde que se sobrepasa este límite se viola el derecho de los acreedores. (1)

§ II.—DE LOS GASTOS DE ULTIMA ENFERMEDAD.

361. Uno de los motivos que los autores del Código han invocado para justificar la preferencia que conceden á los acreedores privilegiados sobre créditos puramente quirografarios fué un sentimiento de humanidad. No se podrá encontrar causa más legítima. Una persona insolvente cae enferma; tiene necesidad de los socorros del arte y de los cuidados particulares que exige su enfermedad. ¿Cómo se le pueden asegurar dichos socorros y cuidados? Si los que se los procuran llevan riesgo de no ser pagados en caso de muerte del enfermo se temería que descuidaran cumplir sus deberes, que al mismo tiempo son para ellos una fuente de ganancias y algunas veces su medio de subsistencia. Dán-
doles una posición privilegiada, en primer lugar, á los gastos fúnebres el legislador quiso, en tanto que dependiera de él, que no se abandonara á los enfermos, cualquiera que fuese el mal estado de sus negocios.

1 Véanse la discusión y el informe de la comisión en el segundo voto, Parent, ps. 121, 263, 380 y 381.

Hemos supuesto que la ley da privilegio á los gastos de la enfermedad de que muere el deudor; es lo que dice el penúltimo inciso del art. 19, agregando que la época de la última enfermedad es la que precede á la desposesión ó al embargo de su mobiliario; es decir, la quiebra que atrae la desposesión del quebrado y la quiebra civil que se anuncia por el embargo de su mobiliario. El Código Civil decía únicamente "los gastos de última enfermedad," sin explicar lo que por esto se entendía. Para zanjar la controversia á la que esta vaguedad dió lugar el legislador belga definió la expresión que tomó del Código Napoleón. La solución que adoptó se justifica por las mismas consideraciones de humanidad que invocamos de la última hipótesis. Se lee en el informe de M. Lelièvre: "A un médico que prestó sus atenciones á un enfermo contando con una justa remuneración no se le debe privar de un crédito tan sagrado, porque antes de la época en que de ordinario se pagan las deudas de esta naturaleza el deudor haya quebrado civil ó mercantilmente."

Resulta del texto y del informe que lo explica que la ley no concede privilegio á los gastos posteriores á la quiebra civil ó mercantil. La quiebra desposesiona al deudor de la administración de sus bienes; no puede gravar la masa con nuevas deudas que contraiga y menos aún gravarla con privilegios. Como, no obstante, el que quiebra tiene que atender á las necesidades de la vida la ley permite al tribunal concederle los alimentos, de los que fija la cantidad (art. 476, ley de 18 de Abril de 1851). Si se enferma los jueces tendrán naturalmente en cuenta los gastos de la enfermedad en el socorro que acuerden darle. En cuanto al deudor no comerciante cuyo mobiliario está embargado la ley lo coloca en la misma línea que al que quiebra en lo referente al privilegio; puede, en verdad, contraer deudas, pero éstas no serán privilegiadas.

Todavía resulta del texto de la ley que no tienen privilegio los gastos de la enfermedad de que no muere el deudor si no quiebra mercantil ó civilmente. Mejor dicho, el privilegio en este caso es inútil, puesto que la preferencia entre acreedores no tiene razón de ser más que cuando el deudor es insolvente.

362. ¿Qué se debe entender por *gastos* en el núm. 3 del art. 19? No hay duda en lo relativo á los honorarios de los médicos, los medicamentos ministrados por el farmacéutico y el salario del enfermero. ¿Pero se limita el privilegio á los créditos habituales? El Código decía: *cualquier* gasto. Aunque esa palabra no haya sido reproducida en la Ley Hipotecaria el sentido es el mismo, pues los gastos de última enfermedad comprenden todos los gastos que la enfermedad requiere; por consiguiente, *cualquier* gasto. Y puede haber otros gastos además de los de botica. Puede necesitar el enfermo baños en casa; necesidad de una alimentación especial todo lo que el médico ordena es un-gasto de enfermedad y constituye los gastos privilegiados. Lo que decide la cuestión de gastos supérfluos en los que hubo controversia; no hay más gastos de enfermedad que los que el médico autoriza; no se debe satisfacer los caprichos del enfermo más que con permiso del médico; en este límite la humanidad ordena que no se titubee, pues aliviar también es un deber humanitario. (1)

363. La ley limita á un año el privilegio de los gastos de última enfermedad. Zanjando con esto la controversia levantada bajo el imperio del Código en lo relativo á las enfermedades crónicas. Estas enfermedades se pueden prolongar durante muchos años; la ley no ha querido privilegiar todos los gastos que ocasionarían. El uso es que los médi-

1 Véase, en sentido diverso, Ernst, De los Privilegios, p. 18. Persil, Régimen hipotecario, t. I, p. 72, art. 2101, pfo. 3, núm. 1. Aubry y Rau, t. I, página 53, núm. 78.

cos y los farmacéuticos den su cuenta á fin de año; generalmente estas cuentas se pagan anualmente; es por este motivo por lo que el Código Civil (art. 2272) declara que la acción de los médicos, cirujanos, boticarios, por sus visitas, operaciones y medicamentos, prescriben al año. La ley debió tener en cuenta los usos y la duración de la acción para determinar el límite del privilegio, porque no da privilegio más que á los créditos que se deben, sin que se tenga que reprochar al acreedor negligencia; le toca al acreedor negligente cargar las consecuencias de esta especie de culpa y no á la masa. El espíritu de la ley en esta materia es el de conciliar, en tanto que sea posible, los diversos intereses que se pelean.

§ III.—DE LOS SALARIOS.

364. El Código Civil concedía un privilegio á los salarios de los criados; la ley belga lo mantuvo extendiéndolo á los dependientes y obreros. Zanja con esto una controversia que, bajo el imperio del Código Napoleón, acabó por decidirse contra los obreros y dependientes. El motivo de humanidad que justifica el privilegio de los criados legitima también la extensión de este privilegio á los obreros y á los dependientes; el salario para todos es un medio de subsistencia. El crédito de los obreros y de los dependientes es más favorable aún que el de los criados; éstos sólo son útiles á su dueño, y sólo para su comodidad y lujo, mientras que los empleados y los obreros aumentan el patrimonio del patrón con su trabajo y prestan, por consiguiente, servicio á la masa de acreedores. Ya la ley sobre quiebras les había concedido un privilegio con el mismo título que á los criados; la nueva ley extendió tan justo favor á los que prestan iguales servicios á los deudores no comerciantes. (1)

1 Martou, Comentario, t. II, p. 75, núm. 371.

365. ¿Qué se entiende por *criados*? En el derecho antiguo se comenzó por conceder el privilegio á los domésticos de ciudad y aun así no se admitía generalmente. Pothier halló esta preferencia muy legítima y expresó el deseo de que se generalizara. La ley de 11 Brumario, año VII (artículo 11) satisfizo su deseo concediendo el privilegio á los criados, lo que comprendía á los criados del campo tanto como á los de la ciudad. La expresión *criados* empleada por el Código Civil y mantenida por la nueva ley es aún más general; comprende á toda la gente que sirve y que tiene un amo. Si los privilegios no fueran de la más estricta interpretación se habría podido comprender en ellos á los obreros y aun á los dependientes. La nueva ley ha llenado este vacío. Se aplica á los fabricantes y, en general, á todos los obreros con salario. En cuanto á los dependientes la expresión debe también tomarse en su acepción más lata; no se trata solamente de los dependiente de los comerciantes sino también de los pasantes de los notarios, del abogado ó del diligenciario, así como de los archiveros y secretarios, si hay archivos. (1)

366. Queda, sin embargo, una dificultad. Los directores de teatros generalmente quiebran, al menos en la ciudad en que escribimos. Se pregunta si los actores gozan del privilegio del art. 19, suponiendo que hubiera un activo que distribuirseles. La negativa nos parece cierta. En efecto, los actores no son criados, ni obreros, ni dependientes. El texto de la ley no se les puede aplicar; el cual decide la cuestión del privilegio. En vano se invocaría la situación precaria y miserable de los artistas dramáticos; los principios son intransigentes; no permiten crear privilegios por vía de analogía. (2)

1 Valette, Privilegios, núms. 29 á 31. Aubry y Rau, t. III, p. 133, nota 19, pfo. 260. Pont, t. I, p. 59, núm. 80.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 134, nota 23, pfo. 260.

La Corte de Casación se pronunció en este sentido después de deliberación en la Cámara de Consejo. Se invocaba el término de *gentes de servicio*, que los autores del Código han substituido á la de *domésticos*, para deducir que el privilegio pertenecía á todos los que prestaban servicios asalariados. La Corte comienza por recordar el principio de que los privilegios son de derecho estricto y se podrían extender de un caso á otro por analogía ó asimilación; que se deben limitar á los casos determinados por la ley. Después la Corte dice que el Código Civil, al substituir la palabra *gentes de servicio* á la palabra *domésticos*, no entendió modificar el principio y extender el privilegio á los demás servicios que no fueran la servidumbre doméstica; que solamente quiso designar de una manera más general las servidumbres de toda especie ligadas á la persona ó á la cosa. La Corte concluyó que conforme á los términos y al espíritu de la ley no se puede extender un privilegio relativo á personas de una condición de inferioridad y dependencia á artistas dramáticos cuya profesión excluye cualquiera idea de domesticidad hacia el director que los ha contratado no para prestarle servicios personales sino para el ejercicio de su arte mediante una retribución determinada. Si se concedió un privilegio á los criados no fué sólo á causa de su posición sino también porque se trataba de cantidades cortas cuyo pago no comprometía á los derechos de los demás acreedores; no pasaría lo mismo con los créditos reclamados por los artistas, que amenudo absorberían la totalidad del activo y no dejarían nada á la masa quirografaria; el legislador seguramente no entendió despojar á la generalidad de los acreedores en favor de algunos.

La Corte demuestra en seguida que no se puede comprender á los artistas dramáticos entre los dependientes á los que el nuevo Código de Comercio en Francia y Bélgica concede un privilegio. Se entiende por dependiente ó

empleado un mandatario encargado de representar al principal de una casa de comercio ó de dirigir todos ó parte de sus negocios; y el artista dramático se limita al ejercicio de su arte y no hace ninguna operación por su director; no hay, pues, ninguna relación entre un dependiente y un actor. La Corte concluye que el ejercicio del arte dramático constituye un arrendamiento de industria que no comprende ninguna disposición del Código en lo relativo á los privilegios; por consecuencia, la Corte de París, al negar el privilegio, había hecho una justa y buena aplicación de la ley. (1)

367. La ley da privilegio á los salarios de los criados, obreros y dependientes, pero no á todo lo que se les pueda deber. En cuanto á las gentes de servicio sus salarios no están privilegiados más que por un año vencido y por lo que se les daba en el año corriente. ¿Cuál es el año vencido y, por consiguiente, el corriente? Aquí se debe aplicar la disposición general del penúltimo párrafo; el año corriente es el en que el deudor muere ó quiebra civil ó mercantilmente. Los salarios están, pues, privilegiados por un año y una fracción. En rigor se debía oponer á los criados que debían hacerse pagar del año vencido y reducir, por consiguiente, su privilegio al año corriente. Pero no se hallan los criados en una posición que les permita exigir el pago al vencimiento de la deuda; esto no se puede, sobre todo, y no está en las conveniencias cuando el amo está enfermo. La ley ha debido tomar en cuenta la situación de las partes y conceder un privilegio para los salarios que se deban sin que se pueda reprochar negligencia á los criados. Es de observar que el plazo de un año es también el plazo de prescripción de los salarios de los criados (art. 2272). Más ade-

1 Denegada, 24 de Febrero de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 135). Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Montpellier de 25 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 5, 260) que coloca á los artistas dramáticos entre las gentes de servicio.

lante trataremos de las relaciones que existen entre la prescripción y el privilegio.

¿Qué se debe decidir si los criados se comprometen por mes, como es hoy el uso general, al menos en las grandes ciudades? ¿Tienen privilegio? ¿Cuál será su extensión? Es cierto que sus salarios están privilegiados; la ley da el privilegio á los criados en razón de su posición menesterosa, sin agregar ninguna condición; si la ley limita la extensión del privilegio al año vencido y al año corriente es que supone lo que ya era el uso: que los salarios eran pagaderos por año; pero suponer no es disponer. El privilegio existe, pues, para el año vencido, aunque el criado se haya comprometido por mes. Esto no es lógico; pero la inconsecuencia á que conduce la ley en su aplicación no es una razón para que el intérprete modifique el texto introduciendo en él una distinción que el legislador ignoraba. Queda la dificultad de la prescripción. Se entiende que si el crédito está extinguido no puede ya tratarse de privilegio. ¿Cuándo está extinguido el crédito de salario? Volveremos á este punto. (1)

368. Los salarios de los dependientes sólo están privilegiados por seis meses, y los de los obreros por un mes. Aquí no se puede invocar la prescripción como motivo, pues la acción de los dependientes no está sometida á prescripción corta y la de los obreros se prescribe no por un mes sino por seis (art. 2271). Esto prueba que la duración del privilegio no está determinada por la duración de la prescripción. La ley limita la extensión por las consideraciones que hemos hecho valer para los salarios de los criados (núm. 367), necesidad de conciliar los intereses de los acreedores privilegiados con los derechos de los demás acreedores y probabilidad de pago; un obrero no espera

1 Compárese Durantón, t. XIX, p. 65, núm. 59; Valette, p. 36; Aubry y Rau, t. III, p. 134, pfo. 260.

mucho su salario durante un mes, ni un dependiente durante medio año, puesto que viven día á día del producto de su trabajo.

369. Los acreedores privilegiados del art. 19, núm. 4, ¿pueden reclamar el derecho de preferencia que la ley les concede por los anticipos que hicieron á sus amos y patronos? Fué sentenciado que un dependiente asalariado no tenía privilegio por los anticipos que había hecho á su patrón. (1) Esto no nos parece dudoso. Los anticipos son un préstamo y la ley no concede privilegio para los préstamos, por muy favorecidas que sean sus causas, como en el caso. La ley no concede privilegio sino á los salarios; el texto y el carácter excepcional de los privilegios deciden la cuestión. Hubiera sido preciso una disposición terminante para extender el privilegio á todos los créditos que un doméstico, un dependiente ó un obrero pueden tener contra su amo ó patron; y el legislador hizo bien en no multiplicar los privilegios.

Por identidad de razón los domésticos, empleados y obreros no tienen privilegio para los daños y perjuicios á que pueden tener derecho por inejecución de las convenciones que hubiesen intervenido entre ellos y sus comitentes. Esto no es dudoso cuando las convenciones son extrañas al salario. (2) Si los daños y perjuicios se deben por retardo en el pago de los salarios constituyen intereses, y los intereses están privilegiados como el crédito principal.

§ IV.—DEL ABASTECIMIENTO DE ALIMENTOS.

370. Estos abastecimientos conservan la vida al deudor; hay, pues, para privilegiar el crédito un motivo análogo al

1 Lieja, 6 de Febrero de 1846 (Pasicrisia, 1846, 2, 165).

2 Douai, 7 de Mayo de 1841 [Daloz, en la palabra Obligaciones, núm. 1991, 2.º]

que hace cumplir una preferencia á los gastos de enfermedad. Se puede también dar otro motivo. La ley privilegia los créditos que acrecienten el patrimonio del deudor porque enriquecen á los acreedores; es también enriquecerlos el conservar la vida y fuerzas del deudor porque con su trabajo pueden satisfacerlos pagándoles íntegramente lo que les debe.

371. El motivo de humanidad que legitima el privilegio sobrepasa la preferencia que la ley concede; ésta la limita al abastecimiento de *alimentos*. Esta palabra no comprende todo lo que el hombre necesita para vivir. Hay otra expresión más lata que las leyes emplean para indicar todas las necesidades de nuestra naturaleza física: es la palabra *subsistencia*, que comprende la alimentación, el mantenimiento y la habitación; mientras la palabra *alimentos* sólo se dice de lo que se come. No pueden, pues, comprenderse en ella los vestidos, habitación, ni medicamentos ministrados antes de la última enfermedad. Esto sería hacer violencia al idioma: el llamar alimentos á abastecimientos de ropa; y la misma ley prueba que no comprende en ella el alojamiento, puesto que concede un privilegio particular al dador; en cuanto al abastecimiento que necesita la enfermedad la ley le da una preferencia, pero la limita á la última enfermedad.

Sólo hay duda para los gastos de alumbrado y leña. Tomados aisladamente estos abastos no son sino de alimentos. Esto nos parece decisivo, puesto que los privilegios son de estrecha interpretación. Se dice que hay que comprender todos los géneros, aun no alimenticios, que se consumen inmediatamente empleándolos en las necesidades de la vida material; (1) pero quién no se apercibe de que

1 Valette, p. 39. Aubry y Rau, t. III, p. 135, notas 124 y 125, pfo. 260. Martou extiende el privilegio á todo lo que es necesario para subsistir (t. II, p. 78, núm. 377 y los autores que cita]. Cada autor tiene su sistema. Compárese Pont, t. I, p. 67, núm. 92.

esto es una simple afirmación? Los términos de que la ley se sirve deben ser tomados en un sentido vulgar cuando no tienen una significación técnica en derecho como la palabra *alimentos*. Y no se dirá seguramente que aquel que ministra el carbón ó el gas ministra *alimentos*.

Por contra hay que excluir de los abastecimientos privilegiados los que en nuestro lenguaje ordinario se refieren á la subsistencia ó á la alimentación, pero que no son necesarios á la vida. Es por razón de la necesidad por lo que estos abastos están privilegiados por la ley; es también la necesidad la que determina el límite del privilegio. Así los alimentos finos, tanto como los primeros, no están seguramente privilegiados. Por igual razón hay que negar el privilegio á los abastos de vinos y, sobre todo, de licores. Lejos de ser favorables estos abastos deben ser tratados con desfavor; no sirven para alimentar, lo que basta para que no sean privilegiados; favorecen la intemperancia y se hacen causa de ruina para el deudor y para sus acreedores. (1)

372. La ley extiende el privilegio de abastecimiento hecho á la *familia*. ¿Qué debe entenderse por familia? Esto es una palabra vaga que se presta á muchas interpretaciones, por eso cada autor tiene su sistema. Nos parece que la familia debe entenderse bajo el punto de vista legal y para el privilegio que la ley concede. Esto excluye desde luego á los *amigos* que se quieren comprender en ella. ¿Se dice acaso que los *amigos* hacen parte de la *familia*? ¿Y puede un deudor alimentar á sus amigos á expensas de sus acreedores? Pues no hay que perder de vista que son éstos los que pagan; se deben, pues, interpretar los privilegios no sólo en un sentido estrecho sino también en espíritu restrictivo. Si-guese de esto que la familia no comprende á todos los pa-

1 Tarrille concede el privilegio para los vinos, lo niega para los licores. (Merlin, en la palabra Privilegios, sec. III, pfo. 1.º, núm. 6, t. XXV, p. 190). La diferencia de apreciación depende del país y de las costumbres.

rientes hasta el duodécimo grado; hay que limitar la noción de parentesco á la del privilegio. El legislador quiso asegurar la subsistencia del deudor y de aquellos á quien tiene que mantener el deudor; es decir, á los que tienen derecho á alimentos. Esta es la familia legal que el jefe, el deudor, tiene que mantener y para la que la humanidad reclama. Hay que agregar á los domésticos, con una restricción que resulta de la naturaleza del privilegio de subsistencia: es que los domésticos sean necesarios; no se puede permitir al deudor sobrepasar en salario de criados del haber que es la prenda de los acreedores. (1)

373. Se hacen abastos de alimentos á un fondista para la necesidad de los que viven en su fonda. Es seguro que estos abastos no están privilegiados por el todo; en efecto, no sólo sirven para el deudor y su familia, también están destinados á las necesidades de los viajeros. Y la ley no da privilegio en el art. 19 á los abastos hechos al fondista; como tales gozan de un privilegio especial para el abasto que dan á los viajeros (art. 20, 6.º); la ley no lo da á los abastos que se les hacen, excepto para los que reciben para su consumo. Cuando, pues, el fondista cae en quiebra los abastecimientos de alimentos serán privilegiados por la parte que consume el fondista y su familia; lo demás del crédito de los abastecedores será quirografario. Lo mismo pasa con los abastos hechos á los dueños de establecimientos de educación. Esta es la opinión general y no vemos en ella ninguna duda. (2)

374. El art. 19 dice que los abastos de alimentos están privilegiados *durante seis meses*; la frase está incompleta, pero queda completada por el párrafo que sigue inmediatamente: «Los seis meses son los que preceden la muerte, la

1 Véanse en sentido diverso Valette, p. 40; Martou, t. II, p. 79, núm. 378; Aubry y Rau, t. III, p. 135, nota 28 y los autores que citan.

2 Véanse las autoridades citadas por Pont, t. I, p. 66, núm. 92 y por Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 216.

quiebra civil ó la mercantil.» Había controversia bajo el Código bajo el punto de saber en qué momento preciso había quiebra civil, que no está, como la mercantil, declarada por una sentencia; la nueva ley hizo cesar estas dudas ateniéndose á la época en que se hace notoria la insolvencia; es decir, al embargo del mobiliario. (1)

375. La ley no cita al acreedor, lo que es muy lógico, puesto que no es á la persona á la que el privilegio está concedido, es á la calidad del crédito. No sucedía lo mismo con el Código Civil; concedía el privilegio á los *comerciantes*, distinguiendo, en cuanto á la extensión del crédito privilegiado, entre los comerciantes por mayor y los comerciantes al menudeo; la nueva ley no hace ya esta distinción, y como no habla del comerciante hay que decidir que el privilegio puede ser ejercido por todos los que ministran subsistencias, mientras que los intérpretes del Código Napoleón exigen que los abastos estén hechos por comerciantes. (2)

376. El Código Civil concedía el privilegio á los abastos de sus alimentos á los institutores que ministran alimentos á sus pupilos. Este privilegio no fué mantenido por la ley belga.

§ V.—DISPOSICIONES GENERALES.

377. El privilegio es el accesorio del crédito. De esto se sigue que se extingue con la extinción de la obligación principal (art. 107; Código Civil, art. 2180). La prescripción es uno de los modos de extinción de las obligaciones. Cuando, pues, el crédito está prescrito el acreedor no puede ya ejercer el privilegio que se ligaba al crédito. Es verdad que el deudor puede renunciar á la prescripción, pero no lo puede hacer en perjuicio de los demás acreedores; el

1 Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 136, nota 32, pfo. 260.

2 Martou, t. II, p. 80, núm. 381. Aubry y Rau, t. III, p. 136, nota 35, párrafo 260.

art. 2225 dispone que los acreedores pueden oponer la prescripción aunque el deudor la renuncie.

Este principio se aplica sin dificultad, en materia de privilegios, cuando se trata de la prescripción ordinaria de treinta años. Además de esta prescripción hay otras particulares de seis meses y de un año (arts. 2271 y 2272). Hay esto de especial á estas prescripciones cortas: es que los acreedores á los que se las oponen pueden diferir el juramento á los que las oponen, acerca de la cuestión de saber si la cosa fué realmente pagada (art. 2275). No se puede decir que el crédito esté extinguido por la prescripción de seis meses ó de un año; sólo lo está cuando el deudor ha prestado juramento de haber pagado la deuda.

Se pregunta si este principio recibe su aplicación en materia de privilegio. La afirmativa, á primera vista, no parece dudosa, puesto que la ley es general. Hay, sin embargo, controversia, y la duda nace de las disposiciones del art. 19 (Código Civil, art. 2101). La ley parece poner los privilegios generales en relación á la prescripción corta de los arts. 2271 y 2272 en el sentido de que limita la duración del privilegio al tiempo determinado para la prescripción del crédito. Así no privilegia los créditos de los médicos más que por un año, y este tiempo es precisamente el plazo que el art. 2272 admite para la prescripción de la acción de los médicos; la ley parece, pues, poner en principio que la prescripción del art. 2272 extingue el crédito de un modo absoluto, y que es por este motivo por lo que el privilegio está sometido á los gastos de la última enfermedad por un año. En realidad el privilegio no está subordinado á la prescripción. El privilegio de los criados, obreros y dependientes lo prueba. La ley lo da desde luego á los criados por el salario del año vencido y lo que se les debe por el año corriente; aquí se puede invocar el principio de la prescripción cuando los domésticos arriendan sus

servicios al año; pero la relación entre el privilegio y la prescripción cesa cuando el doméstico se paga al mes, lo que no impide que tenga el privilegio por sus salarios de todo el año vencido y de lo que se le debe del año corriente. En cuanto al salario de los obreros no tiene ninguna relación entre la extensión del privilegio y la duración de la transcripción, puesto que ésta es de seis meses (art. 2271) mientras que el privilegio sólo es por un mes.

Nuestra conclusión es que resulta del mismo texto de la ley que la extensión de los privilegios generales no está subordinada á la duración de la prescripción. De esto se sigue que los principios que rigen las prescripciones cortas quedan aplicables á los créditos privilegiados del art. 19; la prescripción no opera, pues, de un modo absoluto. El criado reclama su privilegio por un año y once meses; se le opone la prescripción de seis meses establecida por el artículo 2271; podrá diferir el juramento al año acerca del punto de saber si sus salarios fueron pagados. Este es el derecho común y la ley no lo deroga. (1)

378. Los créditos del art. 19 no están ya privilegiados en los inmuebles como lo estaban conforme al Código Civil (núm. 319). Sin embargo, la ley les da un derecho eventual en el precio procedente de la venta de los inmuebles. El art. 19 dice en el final: "Cuando el valor de los inmuebles no ha sido absorbido por los créditos privilegiados é hipotecarios la porción del precio que queda se destina de preferencia al pago de los créditos enunciados en el presente artículo." Ya hemos dado los motivos de esta preferencia. El interés de los terceros acreedores hipotecarios se opone á que el precio de los inmuebles que les sirven de garantía esté absorbido por los acreedores privilegiados en los muebles, y el interés de los terceros se confunde con el

1 Aubry y Rau, t. III, p. 136 y nota 32, pfo. 260. Compárese Valette, p. 35, núm. 33. Pont, t. I, p. 62, núm. 86.

interés general; pero cuando los créditos hipotecarios están desinteresados y que queda un saldo no se opone ya á que los acreedores privilegiados estén preferidos en el saldo á los demás acreedores quirografarios; el precio de los inmuebles, cuando las deudas hipotecarias están pagadas, se entrega á la masa quirografaria, y para con los acreedores puramente personales los privilegios merecen preferencia.

Síguese de esto que los acreedores privilegiados en la generalidad de los muebles conservan una parte del privilegio que les daba el Código Napoleón; no prevalecen á los hipotecarios, pero prevalecen todavía á los quirografarios en el precio de los inmuebles hipotecados cuando este precio no está absorbido por los créditos hipotecarios. (1)

ARTICULO 2.—*De los privilegios en ciertos muebles.*

§ I.—PRIVILEGIO DEL DADOR.

Núm. I. *¿A quién pertenece el privilegio?*

379. Los privilegios no son concedidos á la persona, están ligados á la calidad del crédito. Por esto el art. 20, núm. 1, no contesta directamente nuestra pregunta; no dice á quién pertenece el privilegio, dice cuál es el crédito privilegiado; «son las rentas, las reposiciones locativas y todo lo relativo á la ejecución del arrendamiento.» En una palabra, la ley privilegia los créditos que nacen del arrendamiento; y es á quien tiene derecho en estos créditos á quien pertenece el privilegio, luego al dador. ¿Cuál es la calidad del crédito que da al dador el derecho de ser preferido á los demás acreedores?

Grenier, en su informe al Tribunado, contesta en términos generales á nuestra cuestión; dice que los privilegios especiales están fundados en dos principios. El primero es

1 Martou, Comentario, t. II, p. 81, núm. 384.

que cuando la cosa marcada con privilegio debe su existencia al acreedor el crédito en este objeto está naturalmente privilegiado, pues sin este crédito el objeto gravado del privilegio no se encontraría en el patrimonio del deudor y no podía servir de prenda á sus acreedores; si, pues, éstos lo aprovechan es porque el acreedor lo puso en el patrimonio del deudor; es justo que para un crédito que á todos aprovecha esté preferido si no la masa enriquecería á sus expensas, lo que sería contrario á la equidad. El segundo principio es que todas las veces que por la naturaleza de las cosas un objeto tuvo necesariamente que considerarse como prenda de un crédito el acreedor debe ser asimilado á un prendista; es una prenda legal que el acreedor tiene por voluntad tácita de las partes contratantes; y es de esencia de la prenda ofrecer especial seguridad al que la posee; es decir, un derecho de preferencia á los demás acreedores. (1)

Estos dos principios reciben su aplicación en el privilegio del dador. Se refiere, según los términos de la ley, á los frutos de la cosecha del año, y sobre todo á lo que encierra la casa arrendada ó la hacienda. En cuanto á los frutos del año están gravados con el privilegio porque son un producto del suelo y éste pertenece al dador; es, pues, la cosa del acreedor la que ha producido los frutos de que aprovechará el patrimonio del deudor; es justo que sea preferido en ellos el dador á los demás acreedores, puesto que sin el arrendamiento los frutos no hubieran llegado á ser su prenda. En cuanto al mobiliario que encierra la casa ó la hacienda sirve de garantía del acreedor en virtud del empeño tácito que resulta de la naturaleza de la convención. El dador, de ordinario, no conoce al arrendatario, y éste muy frecuentemente estaría en la imposibilidad de suministrar caución, y menos aún seguridades reales. Necesita,

1 Grenier, informe núm. 17 (Loché, t. VIII, p. 258).

interés general; pero cuando los créditos hipotecarios están desinteresados y que queda un saldo no se opone ya á que los acreedores privilegiados estén preferidos en el saldo á los demás acreedores quirografarios; el precio de los inmuebles, cuando las deudas hipotecarias están pagadas, se entrega á la masa quirografaria, y para con los acreedores puramente personales los privilegios merecen preferencia.

Síguese de esto que los acreedores privilegiados en la generalidad de los muebles conservan una parte del privilegio que les daba el Código Napoleón; no prevalecen á los hipotecarios, pero prevalecen todavía á los quirografarios en el precio de los inmuebles hipotecados cuando este precio no está absorbido por los créditos hipotecarios. (1)

ARTICULO 2.—*De los privilegios en ciertos muebles.*

§ I.—PRIVILEGIO DEL DADOR.

Núm. I. *¿A quién pertenece el privilegio?*

379. Los privilegios no son concedidos á la persona, están ligados á la calidad del crédito. Por esto el art. 20, núm. 1, no contesta directamente nuestra pregunta; no dice á quién pertenece el privilegio, dice cuál es el crédito privilegiado; «son las rentas, las reposiciones locativas y todo lo relativo á la ejecución del arrendamiento.» En una palabra, la ley privilegia los créditos que nacen del arrendamiento; y es á quien tiene derecho en estos créditos á quien pertenece el privilegio, luego al dador. ¿Cuál es la calidad del crédito que da al dador el derecho de ser preferido á los demás acreedores?

Grenier, en su informe al Tribunado, contesta en términos generales á nuestra cuestión; dice que los privilegios especiales están fundados en dos principios. El primero es

1 Martou, Comentario, t. II, p. 81, núm. 384.

que cuando la cosa marcada con privilegio debe su existencia al acreedor el crédito en este objeto está naturalmente privilegiado, pues sin este crédito el objeto gravado del privilegio no se encontraría en el patrimonio del deudor y no podía servir de prenda á sus acreedores; si, pues, éstos lo aprovechan es porque el acreedor lo puso en el patrimonio del deudor; es justo que para un crédito que á todos aprovecha esté preferido si no la masa enriquecería á sus expensas, lo que sería contrario á la equidad. El segundo principio es que todas las veces que por la naturaleza de las cosas un objeto tuvo necesariamente que considerarse como prenda de un crédito el acreedor debe ser asimilado á un prendista; es una prenda legal que el acreedor tiene por voluntad tácita de las partes contratantes; y es de esencia de la prenda ofrecer especial seguridad al que la posee; es decir, un derecho de preferencia á los demás acreedores. (1)

Estos dos principios reciben su aplicación en el privilegio del dador. Se refiere, según los términos de la ley, á los frutos de la cosecha del año, y sobre todo á lo que encierra la casa arrendada ó la hacienda. En cuanto á los frutos del año están gravados con el privilegio porque son un producto del suelo y éste pertenece al dador; es, pues, la cosa del acreedor la que ha producido los frutos de que aprovechará el patrimonio del deudor; es justo que sea preferido en ellos el dador á los demás acreedores, puesto que sin el arrendamiento los frutos no hubieran llegado á ser su prenda. En cuanto al mobiliario que encierra la casa ó la hacienda sirve de garantía del acreedor en virtud del empeño tácito que resulta de la naturaleza de la convención. El dador, de ordinario, no conoce al arrendatario, y éste muy frecuentemente estaría en la imposibilidad de suministrar caución, y menos aún seguridades reales. Necesita,

1 Grenier, informe núm. 17 (Loché, t. VIII, p. 258).

pues, otra garantía el propietario, sin lo que no tratará, ó lo hará en condiciones desventajosas para el arrendatario con el fin de evitarse los riesgos que corre. Hay una seguridad indicada por la naturaleza de las cosas: es la que ofrece el mobiliario del locatario ó arrendatario; el empeño tácito consiste, pues, en que el arrendatario da sus muebles al dador en prenda de las obligaciones que contrae. Este privilegio, útil á las dos partes, es justo en lo relativo á los acreedores, puesto que su deudor tiene necesidad de una habitación para poner en ella el comercio, la industria ó la profesión que lo ponga en condiciones de pagar las deudas que contrae. A falta de prenda las condiciones del arrendamiento serían onerosas para el deudor y, por consiguiente, para sus acreedores. Estos están, pues, interesados en que el dador tenga una garantía en el mobiliario.

380. No todo arrendamiento da un privilegio al dador; la ley no privilegia más que las rentas de un inmueble; el arrendamiento de los muebles no engendra privilegio. Estos arrendamientos son menos importantes que los de los inmuebles y, sobre todo, tenían poca importancia en la época en que se redactó el Código, siendo por esto por lo que los autores apenas si hablan de ellos. El legislador belga mantuvo en este punto el derecho tradicional sin duda porque es importante no multiplicar demasiado las causas de preferencia. Y el privilegio del dador es uno de los más usuales y también uno de los más considerables; si se le hubiera extendido al arrendamiento de los muebles hubiese sido una causa de perjuicio para los acreedores quirografarios. El arrendamiento de los inmuebles también les habría sido tan perjudicial que el legislador francés se vió obligado á restringirlo; volveremos á este asunto al tratar de la extensión del privilegio que la ley da al dador.

La jurisprudencia ha hecho la aplicación de estos principios. Cesión de un arrendamiento. El cedente arrienda

al mismo tiempo por cuatro años las máquinas que contenía el edificio y que servían para tejidos de fantasía, máquinas que eran de la propiedad del cedente. Este invoca el privilegio del dador para el pago de las rentas, comprendiendo las de las máquinas. La Corte de Grenoble juzgó muy bien que en el caso las máquinas eran muebles, puesto que no estaban comprendidas en el taller por el propietario; el arrendamiento en lo relativo á las máquinas era, pues, de muebles, el que no da lugar á privilegio del dador. (1) Cuando los objetos mobiliarios se han hecho inmobiliarios por destino agrícola ó industrial se comprenden en el arrendamiento del inmueble y, por consiguiente, toda la renta comprendida en la de las máquinas está garantizada por el privilegio que la ley concede al dador. Pero también sucede que el arrendamiento mobiliario es el principal y que el inmueble es el accesorio; tal es el arrendamiento de fuerza motriz, que desempeña tan gran papel en la industria. El objeto principal de la convención es suministrar al arrendatario la fuerza motriz necesaria para hacer mover sus máquinas. Si además de la fuerza motriz el dador ministra al locatario el local en el que se deba usar la fuerza motriz ¿podrá reclamar el privilegio por la renta de la fuerza motriz? El Tribunal de Comercio del Sena se pronunció por la negativa, y con razón, pues lo accesorio no puede determinar la naturaleza del principal. En la especie las cláusulas del arrendamiento probaban que el edificio no era más que el accesorio; el precio del arrendamiento era pagable sólo después de cada día de trabajo efectuado; no se debía ninguna renta por el edificio, ninguna indemnización en el caso en que la máquina de vapor cesara de funcionar y suministrar la fuerza motriz durante un tiempo más ó menos largo, aunque el taller continuara ocupado por el locatario; no era,

1 Grenoble, 20 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 220, l. 2.ª)

pues, el taller el que formaba el objeto del arrendamiento, era la fuerza motriz. (1)

381. La ley no define los *inmuebles* cuyo privilegio engendra el arrendamiento, siguiéndose que todo arrendamiento de inmuebles da un privilegio al dador con tal que se encuentren en el local arrendado los objetos sobre los que se puede ejercer el privilegio. De donde no puede haber privilegio si no hay objetos muebles que estén gravados con él. La dificultad se presentó en el caso siguiente. Con ocasión de una festividad religiosa en Marsella se arrendó un terreno desocupado para colocar tribunas para los curiosos. El arrendatario hizo malos negocios y no pagó sus rentas; de aquí un pleito judicial sobre el privilegio que reclamaba el dador. El Tribunal de Primera Instancia se lo negó en razón de que estaba desocupado el terreno que era el objeto del arrendamiento, que no dependía ni de casa ni de ninguna granja, concluyendo que no podía haber privilegio por rentas urbanas ó rústicas. Lo que fué razonar mal. Es verdad que la ley al hablar de los objetos gravados con el privilegio habla del precio de todo lo que encierra la *cosa arrendada* ó la granja, pero no se debe deducir de aquí que el privilegio sólo está concedido para el arrendamiento de una casa de habitación ó de una explotación agrícola; el principio está puesto en la parte primera del art. 20, en estos términos: «Las rentas urbanas ó rústicas de los inmuebles.» Luego todo arrendamiento de un inmueble puede dar lugar á un privilegio aunque no sirva para habitación de personas ni explotación de tierras, con tal que haya objetos en la cosa arrendada; tal sería un almacén ó una caballeriza. En la especie se necesitaba ver si había objetos sobre los que se pudiera ejercer el privilegio. La Corte de Aix reformó en este punto la decisión del primer juez; las tribunas eran cosas muebles y estaban en la cosa arrendada

1 Sentencia de 20 de Abril de 1871 (Dalloz, 1873, 3, 40).

da en el sentido general que la doctrina y la jurisprudencia dan á esta expresión; luego todos los elementos del privilegio existían. Si, no obstante, la Corte lo negó al dador fué porque éste sabía cuando el contrato que la madera que debía servir para las tribunas no pertenecía al arrendatario; desde luego no podía haber privilegio: esta es la aplicación de los principios que más adelante expondremos. (1)

382. ¿Quién tiene derecho al privilegio? El que tiene derecho al crédito de las rentas y demás obligaciones que resultan del arrendamiento; luego el dador. Es verdad que la ley no se sirva de la palabra *propietario* para designar al acreedor privilegiado, pero de aquí se deduciría erróneamente que el privilegio no pertenece al que tiene la propiedad de la cosa arrendada. El privilegio no está concedido en razón del derecho de propiedad y como favor de que la ley lo hiciera gozar, está concedido al arrendamiento y en razón del favor que merece (núm. 379); y el arrendamiento se puede consentir por otras personas además del propietario; el simple poseedor, el usufructuario, el arrendatario mismo pueden dar en arrendamiento, y desde que hay arrendamiento los derechos que nacen de él tienen privilegio. Si la ley habla del propietario es porque generalmente el dador es el propietario. No puede haber ninguna duda acerca de este punto; sería absurdo negar el privilegio del arrendamiento á los que son dadores cuando la causa del privilegio se halla en el arrendamiento. El art. 819 del Código de Procedimientos pone en la misma línea á los locatarios principales y á los propietarios en lo relativo al ejercicio del privilegio de las rentas; si el arrendatario que subarrienda tiene el privilegio con mayor razón el poseedor y el usufructuario deben tenerlo. Esta es la opinión unánime de los autores. (2)

1 Aix, 30 de Marzo de 1865 [Dalloz, 1866, 2, 9]. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 140, nota 11, p. 261.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 138, nota 3, pfo. 261.

383. Hay una condición requerida para que el dador pueda ejercer su privilegio: es que en el momento en que trata posea aún la calidad en razón de la que la ley le da la preferencia sobre los demás acreedores. Esta calidad, como lo explica el Relator del Tribunado (núm. 379), es la del poseedor prendista; es en virtud de un empeño tácito ó legal por el que la ley da un privilegio al dador, y la posesión es de la esencia del privilegio ligado á la prenda; el acreedor lo pierde desde que cesa de poseer (art. 2076). Lo que es verdad para el empeño convencional lo es también para el tácito, en virtud del cual el dador tiene un privilegio.

El Código de Procedimientos confirma esta interpretación. Da al propietario ó al locatario principal el derecho de embargar en prenda los efectos mobiliarios gravados con el privilegio; y agrega que dichos dadores pueden también embargar los muebles que están en la casa ó la granja cuando han sido desocupados sin su consentimiento. Esto supone que los dadores están en posesión de los objetos en el sentido de que se encuentran el local arrendado; cuando se han desocupado pueden reivindicarlos y volverlos á llevar á la casa ó la granja; lo que implica que conservan en el local arrendado el derecho en virtud del cual les han dado en arrendamiento. Esto contesta á la objeción que se pudiera hacer fundándose en el derecho de promoción de que goza el dador. El privilegio es un derecho real; y es en virtud de este derecho real por el que el dador puede perseguir los objetos mobiliarios que están afectados en poder de todos los terceros poseedores, y el derecho real no se pierde por la venta de la cosa en la que está establecida; luego, se dice, el dador puede ejercer su derecho de promoción una vez que el derecho real de privilegio ha nacido. Contestaremos que el principio que se invoca no es aplicable á los derechos reales ligados á la posesión. El empeño convencional es un derecho real que da un privilegio; pero el de-

recho real, así como el privilegio, se pierden desde el momento en que el acreedor prendista cesa de poseer; sucede lo mismo con el privilegio que pertenece al dador; solamente que la ley le permite, bajo las condiciones que determina, el hacerse reintegrar los objetos muebles en el local arrendado cuando se ha desocupado sin su consentimiento, con el fin de que pueda ejercer su privilegio sobre dichos objetos. La doctrina está en este sentido, lo mismo que la jurisprudencia, (1) salvo una sentencia de la Corte de Caen, que es inútil combatir, puesto que los principios que la Corte desconoce son ciertos.

Sin embargo, no se debe dar á estos principios una aplicación y consecuencias que estuvieran en oposición con los derechos del dador. La Corte de París juzgó muy bien que si el propietario trabó embargo sobre los muebles de su locatario conserva el derecho de seguir el embargo y vender los efectos mobiliarios embargados, aun cuando el inmueble arrendado estuviera enajenado. En efecto, al practicar embargo mientras que está en posesión el dador ha ejercido su privilegio; debe tener el derecho de continuar el procedimiento hasta la venta, por aplicación del principio de que todo demandado debe obtener por la sentencia lo que habría obtenido si la contestación hubiese sido zanjada inmediatamente. No hay, es verdad, proceso en la especie, pero hay un procedimiento hecho en justicia; lo que es lo mismo. De aquí se sigue que desde el momento en hay embargo el derecho al precio de los muebles embargados lo adquiere el dador. (2)

Núm. 1. ¿Cuáles son los créditos privilegiados?

384. Conforme al art. 20, núm. 1, son privilegiadas las

1 Véanse la autoridades en Martou, t. II, p. 91, núm. 389 y en Aubry y Rau, t. III, p. 138, nota 4, pfo. 261.

2 París, 5 de Noviembre de 1846 (Dalloz, 1848, 2, 96).

rentas urbanas y rústicas, las reparaciones y todos los créditos relativos á la ejecución del arrendamiento.

1. De las rentas urbanas y rústicas.

1. Derechos del dador.

385. El privilegio no siempre garantiza todas las rentas urbanas ó rústicas que se deban al dador. Conforme á nuestra Ley Hipotecaria se deben distinguir desde luego las rentas vencidas de las no vencidas.

Las que lo están tienen privilegio por dos años si se trata de una casa, y por tres años si de una finca rústica. ¿Por qué la ley no da privilegio á todas las rentas urbanas ó rústicas vencidas cuando el arrendatario quiebra civil ó mercantilmente? Bajo el imperio del Código Civil todas las rentas urbanas ó rústicas vencidas estaban privilegiadas cuando el arrendamiento era auténtico ó tenía fecha cierta, y también, según algunos autores y la jurisprudencia de la Corte de Casación, en el caso en que el arrendamiento no tuviera fecha cierta. (1) En esta doctrina el privilegio garantizaba el crédito completo porque era cierto, y por su calidad y este crédito prevalecía á los demás. Esto es muy lógico si no se toman en consideración más que los derechos del acreedor privilegiado; es cierto que la calidad del crédito no cambia por su fecha; si se deben seis años la renta de los cuatro primeros años tiene la misma calidad que la de los dos últimos, luego todas las rentas deben gozar de la misma preferencia. Pero en materia de privilegios el legislador debe tener en cuenta no sólo el interés del acreedor privilegiado sino también el interés de la masa quirografaria. Cuando la ley da privilegio á un crédito supone que el privilegio es el único medio que tiene el acreedor para obtener su pago íntegro. Si un acreedor no está paga-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 143, notas 26 y 27, pfo. 261.

do por su negligencia no merece entonces el privilegio que la ley da á su crédito, porque tiene culpa; y si apesar de ella es preferido á los demás acreedores éstos sufrirían las consecuencias de una falta extraña á ellos y el acreedor privilegiado gozaría de un favor injusto, puesto que dicho favor se le concedería á causa de su negligencia en perseguir á su deudor. Cuando, pues, un crédito consiste en anualidades la ley sólo debe privilegiar las que se deban al acreedor, sin que se le tenga que reprochar negligencia alguna. Esto es lo que hace nuestra Ley Hipotecaria con las rentas urbanas y rústicas. Generalmente esas deudas se pagan anualmente. Desde que el arrendatario es culpable de negligencia si deja gozar al arrendatario sin exigirle el pago de lo que debe ya no puede prevalecerse de su falta para hacerse pagar de preferencia á los demás acreedores.

Queda por fijar el límite en el que empieza la negligencia legal. Todos los límites que la ley establece son más ó menos arbitrarios. Los que el art. 20 determina no se justifican por la experiencia. Un locatario puede estar retardado en el pago de sus rentas, sin ser insolvente; una crisis industrial le arrebatara ó disminuye momentáneamente sus entradas; no es una razón para que el dador embargara inmediatamente los muebles que tuviera la cosa; esto sería obrar contra su interés y contra el de los acreedores, puesto que persiguiendo con tenacidad á un locatario que está apremiado lo podía arruinar; lo cual comprometería la existencia del arrendamiento y el pago de las rentas por vencer; mientras que esperando con paciencia los negocios del arrendatario se pueden restablecer y obtendrá así el pago de lo que se le debe, conservando á un buen locatario. En consecuencia la ley le permite esperar dos años sin perder su privilegio; pero cuando deja al locatario gozar durante un tercer año sin exigir su pago, es más que negligente, y esta-

taría á la voluntad de los demás acreedores de su deudor si apesar de su negligencia conservara su privilegio respecto de ellos. Cuando se trata de un arrendamiento rústico la ley es más indulgente, da privilegio en los tres primeros años. La razón es que un arrendatario rústico puede resentir pérdidas durante algunos años seguidos; lo humanitario exige entonces que el propietario tenga paciencia y su interés está de acuerdo con el deber que le impone la humanidad; expulsarlo sería un mal medio para hacerse pagar, y también sería malo encontrar un nuevo arrendatario, porque los accidentes naturales pueden herir á los más inteligentes y capaces. Los motivos que acabamos de exponer han sido dados en substancia en el informe de la comisión especial que preparó la Ley Hipotecaria y por el Relator de la Cámara de Diputados. M. d'Anethán, el Relator de la Cámara del Senado, agrega otra consideración: es que al privilegiar todas las rentas vencidas se favorece el fraude que el dador, de complicidad con el arrendatario, pudieran cometer en perjuicio de la masa, suprimiendo los derechos; disminuir el número de años privilegiados es disminuir las probabilidades de fraude. (1)

386. En cuanto á las rentas vencidas hay una nueva distinción que hacer. Las rentas están privilegiadas para el año corriente, así como por el que seguirá. Para las rentas no vencidas no puede tratarse ya de la negligencia del dador; pero se puede también temer una colusión fraudulenta entre el dador y el arrendatario con el fin de dar al arrendamiento una duración mayor que la que tiene en realidad. La ley no debía, pues, privilegiar más que los créditos ciertos. El año corriente es seguro en el sentido de que la posesión es segura, pero queda inseguro cuando ha comenzado; la ley no exige, sin embargo, que el origen del arrendamiento conste en una acta con fecha cierta; ni siquiera exige una

1 Véase los informe en Parent, ps. 34, 123 y 403.

acta así para el año corriente como para los años vencidos. Naturalmente toca al dador que reclama el privilegio probar la existencia del crédito; y también se entiende que los demás acreedores están admitidos á contestar la reclamación. La ley guarda silencio y, por consiguiente, las partes permanecen bajo el imperio del derecho común en lo que se refiere á la prueba.

El art. 20 concede también un privilegio al año que sigue al corriente. Se supone que hay un arrendamiento que el dador pretende hecho por un tiempo que pase del año corriente. Esta pretensión es insegura, puesto que ley no exige acta teniendo fecha cierta; pero es, cuando menos, probable, puesto que los arrendamientos se hacen regularmente por nueve años. La ley se contenta con esta probabilidad para un año, á partir del fin del año corriente.

En cuanto á los años siguientes la ley los comprende en la expresión de *todo lo que está por vencer*; concede un privilegio al dador, por este punto, si los arrendamientos son auténticos ó si siendo privados tienen fecha cierta. El peligro del fraude justifica esta condición. Un arrendamiento verbal ó un arrendamiento con acta privada sin fecha cierta no tienen duración cierta, pudiendo las partes entenderse para antefechar ó posdatar el acta y declarar una duración que no es la verdadera. Con el fin de impedir que el arrendamiento esté prolongado en fraude de la masa la ley exige un arrendamiento auténtico; y si las partes han redactado una acta privada la ley quiere que haya adquirido fecha cierta. Sin duda que apesar de la autenticidad y del registro la convención puede ser fraudulenta; la duración fijada al arrendamiento puede ser verdadera, pero convenida en fraude de los acreedores en un momento en que se podía ya preveer la quiebra, y en este caso los acreedores pueden atacar el arrendamiento por la acción pauliana (art. 1167.)

Si el arrendamiento es auténtico ó tiene fecha cierta la ley privilegia todas las rentas por vencer, porque en este caso el crédito del dador es seguro, y el privilegio en principio garantiza todas las rentas. Esto no quiere decir que el dador pueda siempre reclamar todas las rentas por vencer.

El privilegio, no hay que olvidarlo, supone la insolvencia del deudor, el concurso de los acreedores, la venta de los bienes y, por consiguiente, la nulificación de la prenda que el dador tenía en el mobiliario que garantizaba el local arrendado. La convención en este caso está rota en perjuicio del dador, y el privilegio tiene por objeto garantizar la ejecución de la convención; es, pues, justo que el dador pueda hacerse pagar de antemano las rentas no vencidas. Diremos más adelante cómo concilia la ley el derecho del deudor con el interés de los demás acreedores.

Si el arrendamiento no es auténtico ó si, siendo privado, el acta no tiene fecha cierta el deudor no tiene ya privilegio para las rentas por vencer; el privilegio no está concedido en este caso más que por el año corriente y el que seguirá. Siendo incierta la duración del arrendamiento la ley no puede privilegiar rentas que pueden no deberse.

387. La diferencia es, pues, grande entre el caso en que el arrendamiento es auténtico ó privado con fecha cierta y el caso en que el arrendamiento es verbal ó con fecha insegura. ¿Cómo adquiere fecha cierta el arrendamiento? Se aplica el derecho común, puesto que la ley no lo deroga; ordinariamente el arrendamiento adquiere fecha cierta por el registro; la fecha puede también hacerse cierta, según el art. 1328, por la muerte de uno de los que subscribieron el acta ó por el día en que la substancia del arrendamiento privado consta en una acta recibida por un oficial público. Para que el dador tenga el privilegio que la ley le concede por razón de la fecha cierta del acta¹ es necesario que la

fecha esté cierta antes de la quiebra civil ó mercantil. (1) La quiebra civil no se declara por sentencia; de esto una dificultad acerca de saber á partir de qué momento existe. Creemos que debe aplicarse por analogía lo que la ley dice de los privilegios generales de los muebles, que sólo están concedidos para una época cierta anterior á la prueba civil; el art. 19 dispone que hay prueba civil á partir del embargo mobiliario; es decir, desde el momento en que la insolvencia se ha hecho notoria; esta notoriedad equivale á una declaración del juez; se concibe que desde aquel momento uno de los acreedores no pueda ya adquirir un derecho de preferencia, en perjuicio de los demás, registrando un arrendamiento que legalmente se considera como no existir para con los terceros sino después de la quiebra civil y pública del deudor. En cuanto á la quiebra mercantil el art. 19 se vale, para indicar el momento que existe, de la palabra *desposesión*; esto está en armonía con la ley acerca de las quiebras, según la cual el quebrado está desposeído de pleno derecho de la administración de todos sus bienes á contar desde la sentencia declarativa de quiebra (art. 444). A partir de este día la posesión de los acreedores queda fijada y uno de ellos no puede ya adquirir una preferencia en perjuicio de los demás, ni siquiera inscribiendo los privilegios inmobiliarios ó las hipotecas que tenían adquiridas anteriormente á la declaración de quiebra (Código de Comercio, art. 447.)

388. La aplicación de estos principios á la quiebra civil no presenta ninguna dificultad. El deudor no comerciante que cae en quiebra permanece dueño de su patrimonio y puede válidamente disponer de él, salvo el caso de fraude. Siguese de esto que el arrendamiento puede ser registrado hasta el momento en que los bienes del deudor son embargados. La quiebra mercantil está declarada por una senten-

¹ Valette, p. 68. Aubry y Rau, t. III, p. 145, pfo. 261.

cia y esta declaración tiene esto de particular: que retrotrae á ciertos respetos. El tribunal de Comercio que declara la quiebra determina la época á la que remonta la suspensión de pago. Según el art. 445 son nulas de plano, como presuntas fraudulentas, ciertas actas determinadas por la ley cuando han sido hechas por el deudor después de la época fijada por el tribunal como siendo la de la suspensión de pago ó en los diez días que han precedido esta época. Las demás actas, aunque no sospechosas por razón de su naturaleza, pueden ser anuladas si fueron hechas con terceros que tenían conocimiento de la suspensión de pagos (artículo 446). Se pregunta si el privilegio del dador puede adquirir fecha cierta después de la suspensión de pagos.

Hay que distinguir los diversos modos que dan fecha cierta á una acta. Cuando el arrendamiento adquiere fecha cierta por la muerte de una de las partes que suscribieron el acta el dador gozará de su privilegio por los años por vencer si la muerte ha sucedido antes del embargo del mobiliario ó desposesión; en efecto, la muerte no es una acta que pueda ser nulificada como fraudulenta; luego las disposiciones de la ley acerca de las quiebras no pueden recibir su aplicación. Hay una sentencia de París que así lo resolvió; (1) esto no es dudoso. Se debe decir otro tanto del caso en que la substancia del acta privada consta en una acta recibida por un oficial público; esta constancia se hace sin la intervención de las partes; no hay, pues, ningún fraude que temer. No pasa lo mismo con el registro; esto es una acta que depende de la voluntad de las partes; pueden, pues, registrar una acta de arrendamiento, posteriormente á la suspensión de pagos; el arrendamiento habría adquirido, en este caso, fecha cierta en la época en que las actas, aunque no presuntas fraudulentas, son, no obstante, sospechosas. ¿Debe concluirse de esto que el privilegio

1 París, 23 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1854, 5, 371).

del dador no existirá para las rentas por vencer? La Corte de Casación lo sentenció así. Parte del principio de que la ley subordina la eficacia y, puede decirse, la existencia del privilegio del dador para los años por vencer á una condición particular; á saber: que el arrendamiento haya adquirido fecha cierta; de esto la Corte concluye que el registro del arrendamiento es para el arrendatario un medio de obtener la extinción de su privilegio; por tanto, no se podría admitir que el registro hecho después de la suspensión de pagos le procure una preferencia para con la masa si sabía que el arrendatario había suspendido sus pagos. Luego el registro por el arrendatario, en tales circunstancias, debe ser declarado sin efecto para con la masa del quebrado. En el caso la sentencia de primera instancia comprobaba que el dador tenía conocimiento de la suspensión de pagos, y la Corte de Apelación, sin comprobar este punto de hecho y sin haberlo tenido en cuenta en nada, había ordenado que el dador sería admitido por privilegio en el pasivo de la quiebra por una suma de 80,540 francos, monto de todas sus rentas vencidas y por vencer. Sentenciando así, dice la Corte, la sentencia atacada había violado el art. 446 del Código de Comercio. (1)

La decisión es demasiado absoluta y sobrepasa, sin duda, la mente de la Corte. No se puede decir que el registro del arrendamiento hecho por el dador cuando tenía conocimiento de la suspensión de pagos *debe* ser declarado nulo para con la masa; en efecto, el art. 446, que la Corte cita en su sentencia, dice que las actas que no entran en las que la ley declara nulas de plano *podrán* ser anuladas si los terceros tenían conocimiento de la suspensión de pagos. Aun así aplicada la decisión de la Corte Suprema levanta una duda. El art. 446 supone una acta pasada por el deudor con un tercero, y el registro no es una acta, una convención,

1 Casación, 2 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 473).

es la simple publicación de la acta con objeto de darle fecha cierta. ¿No debe asimilarse el registro á la inscripción de una hipoteca, lo que siempre puede hacerse hasta el día de la declaración de quiebra? (art. 447). Nó; hay una diferencia y es decisiva. La hipoteca, se supone, estaba adquirida antes de la suspensión de pagos, y como sólo puede resultar de una acta auténtica queda auténticamente probado que el acreedor tenía un derecho anterior á la suspensión de pagos; la inscripción sólo es una formalidad para hacer público el derecho. No pasa lo mismo con el registro de un arrendamiento privado; el arrendamiento no existe en este caso para con los terceros sino á partir del día del registro. No está probado que el arrendamiento sea anterior á la suspensión de pagos aunque tuviera fecha anterior. Desde luego no es sólo el registro, es la misma convención la que sería posterior á la suspensión de pagos; por tanto, cae bajo la aplicación del art. 446.

389. ¿Debe la tácita reconducción ser considerada, bajo el punto de vista del privilegio del dador, como un arrendamiento teniendo fecha cierta? A primera vista se podía creer que basta presentar la cuestión para resolverla. En efecto, la misma palabra indica que la reconducción tácita se hace sin escritura; luego legalmente no puede tener fecha cierta, no pudiendo recibir aplicación las disposiciones del art. 1328. Sin embargo, creemos que el dador tendría privilegio para todas las rentas por vencer. ¿Por qué exige la ley la autenticidad ó la fecha cierta para que las rentas estén privilegiadas? Porque el crédito del dador sólo es seguro cuando el arrendamiento es auténtico ó tiene fecha cierta. Esto supone arrendamientos cuya duración pueden las partes prolongar en fraude de los demás acreedores. Y la tácita reconducción tiene una duración fijada por la ley que aparta toda posibilidad de fraude. El crédito es, pues, seguro más aún que cuando el arrendamiento es auténtico

ó que recibió fecha cierta, pues las partes pueden obrar en fraude de los acreedores al tratar por escrito, y desde que el crédito es seguro el dador debe gozar del privilegio que la ley le liga. Se objeta el texto del art. 20; no es aplicable, puesto que no hay acta auténtica ni privada con fecha cierta. Contestamos que la autenticidad y la fecha cierta sólo son un medio de establecer la duración del arrendamiento; y si esta duración está establecida de un modo seguro por la ley el objeto está alcanzado, la prueba existe irrefragable, y constandingo la duración del arrendamiento de un modo absoluto, debe decirse que el privilegio existe para todo el crédito. (1)

389 bis. Cuando el dador ejerce su privilegio para las rentas por vencer los demás acreedores tienen el derecho de volver á arrendar la casa ó la finca por el resto del arrendamiento y aprovechar los arrendamientos con cargo de pagar al propietario todo cuanto se le debiera aún. Estos son los términos del art. 20, el legislador belga los ha tomado del Código Napoleón (art. 2102, 1.º) El derecho de volver, á arrendar correlativo del derecho que el dador ejerce para sus rentas por vencer, da lugar á grandes dificultades; la solución que la Corte de Casación les dió es muy contestable. En Francia la jurisprudencia de la Corte Suprema ha suscitado reclamaciones tan unánimes por parte del comercio que se tuvo que hacer una ley que deroga el Código Napoleón, tal como la Corte de Casación lo interpretaba. Decimos la Corte de Casación, pues había conflicto entre la Corte de Apelación y la Suprema Corte. Aunque estas cuestiones parecen sólo referirse al derecho comercial nos vemos obligados á tratarlas, pues se trata de la interpretación de una ley civil y nuestros lectores verán bien que examinamos dificultades que han dado lugar á profundas

1 Troplong, núm. 157. En sentido contrario Martou, t. II, p. 93, núm. 393.
P. de D. TOMO XXIX—60

perturbaciones en las relaciones mercantiles en Francia, dificultades inevitables cuando unas crisis industriales, unas revoluciones ó guerras multiplican las quiebras, como esto ha sucedido en Francia después de la desastrosa guerra de 1870.

390. Las dificultades que vamos á examinar sólo son relativas á la quiebra mercantil, son extrañas á la quiebra civil. Esto tendrá que parecer extraño. La ley belga, así como el Código Napoleón, no hablan de la quiebra civil ni mercantil; sólo los arts. 2102, Código Civil, y 20, Ley Hipotecaria, suponen que hay concurso de acreedores y conflicto entre el dador reclamando su privilegio por las rentas por vencer y la masa que se ve obligada á soportar este cargo. Para que haya lugar al ejercicio del privilegio por los años por vencer y, por consiguiente, derecho á subarrendamiento por la masa es necesario que haya quiebra civil ó mercantil. La ley la supone y también supone que los principios se aplican á la quiebra mercantil y á la civil, puesto que no establece ninguna diferencia entre la insolvencia del deador comerciante y la del que no lo es. Esto es un punto considerable en nuestro debate. Donde la ley no distingue el intérprete no tiene el derecho de distinguir, á no ser que la necesidad de la distinción resulte de los principios mismos que la ley establece.

391. ¿La quiebra civil ó mercantil pone fin al arrendamiento? Es seguro que el arrendamiento no está rescindido de plano; se necesitaría una ley para esto y ninguna ley pronuncia la rescisión por causa de quiebra civil ó mercantil. Hay, sin embargo, sentencias que suponen que el arrendamiento queda rescindido cuando el arrendatario quiebra civil ó mercantilmente. (1) No concluyendo de plano el arrendamiento se necesitaría una sentencia para declararlo rescindido, y el juez no puede pronunciar la rescisión más

1 Rennes, 8 de Mayo de 1850 [Dalloz, 1851, 1, 233].

que en los casos y por las causas previstas por la ley. La cuestión es, pues, ésta: ¿hay una ley que autorice al dador para pedir la rescisión del arrendamiento por sólo que el arrendatario ha caído en quiebra civil ó mercantil? NÓ. Las partes permanecen, pues, bajo el imperio del derecho común. Y según los principios que rigen las convenciones bilaterales no hay lugar á rescindir el contrato sino cuando una de las partes no satisface á sus compromisos (artículo 1184): el art. 1741 aplica este principio al arrendamiento. ¿Se puede decir que el arrendatario que quiebra ó que se hace insolvente no ejecuta sus obligaciones? NÓ, á menos que dejé de pagar sus rentas ó que desamueble el local, lo que era la garantía del propietario. Es solamente en este caso en el que el dador puede rescindir el arrendamiento. Tal es el derecho común. No está derogado en el título *De los Privilegios* ni por la Ley Hipotecaria. ¿Qué dicen los arts. 2102 del Código Civil y 20 de la ley belga? Que el dador puede ejercer su privilegio en las rentas por vencer; lo que supone que se deben las rentas, y no se deben si el arrendamiento no está mantenido; luego el privilegio implica que el arrendamiento no está rescindido. El dador puede pedir la rescisión si el arrendatario no cumple con sus compromisos. Si la pide pierde su derecho sobre las rentas por vencer y, por consecuencia, su privilegio, porque no puede haber renta sin arrendamiento ni privilegio sin aquélla. ¿Puede provocarla fundándose en que la quiebra civil ó mercantil disminuye las garantías morales que presentaba el locatario? NÓ, en esto no hay causa de rescisión; en tanto que el arrendatario pague y que no desocupe el local arrendado no há lugar á la resolución del arrendamiento. (1)

392. La Corte de Casación estableció otro principio. Dice

1 Delsol, informe de la comisión sobre la ley de 12 de Febrero de 1872 [Dalloz, 1872, 2, 35].

que la quiebra da al dador el derecho de promover en resolución ó pedir las rentas por vencer con privilegio sobre el precio de lo que encierra la casa arrendada ó la granja. Esto nos parece más exacto. Conforme á lo que acabamos de decir (núm. 391) la quiebra por sí no ejerce ninguna influencia en el arrendamiento. Ninguna ley, ningún principio, dicen lo que la Corte de Casación afirma, que el dador puede promover en resolución cuando el arrendatario quiebra. La Corte confiesa que si el mobiliario del locatario basta para el pago de las rentas por vencer el arrendamiento continúa. Lo cual prueba que no se puede sentar como principio absoluto que el dador tenga el derecho de promover en resolución cuando el arrendatario cae en quiebra. Hay más. Aun cuando el precio del mobiliario que contiene el local arrendado fuera insuficiente para pagar las rentas por vencer es dudoso que el dador pueda pedir la rescisión del arrendamiento. La Corte lo afirma, pero la razón que da está muy lejos de ser decisivo; la insuficiencia del precio, dice, equivale para el dador á una disminución de garantías que lo autoriza, en virtud de los arts. 1184, 1741 y 1752, á pedir la resolución del arrendamiento. (1) Esto sería, pues, una resolución fundada en la inexecución de los compromisos del arrendatario. La ley dice que el arrendatario debe proveer la casa con muebles suficientes (art. 1742). ¿Cuál es el sentido de esta disposición? ¿Deben los muebles bastar para la garantía del pago de las rentas durante todo el arrendamiento? Esta interpretación rigurosa de la ley generalmente se desecha (t. XXV, núm. 424). La hemos enseñado, pero nuestra opinión está aislada. No se puede establecer como principio cierto que el dador pueda pedir la rescisión del arrendamiento en caso de quiebra cuando el precio de los muebles no basta para pagar todas las ren-

1 Denegada, Sala Civil, después de deliberada en Sala de Consejo, 4 de Enero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 35).

tas por vencer; esto es sobrepasar la ley y los principios. Vamos á ver cuál es el derecho que la ley da en este caso al dador.

393. El arrendatario quiebra civil ó mercantilmente. ¿Cuál es, en este caso, el derecho del dador? La cuestión consiste en saber si no solamente puede reclamar las rentas vencidas sino también las por vencer. El art. 2102, reproducido por la ley belga (art. 20), le da este derecho: el dador tiene un privilegio para todo lo que está por vencer. ¿Cuál es el fundamento de este derecho? ¿Cuál es su extensión, su alcance? Aquí surgen muy graves dificultades en esta materia. La Corte de Casación, así como los autores, dicen que las rentas por vencer se hacen exigibles por aplicación del art. 1188 del Código Civil y del art. 450 del de Comercio. En esta opinión el derecho del dador en las rentas no vencidas sería una aplicación de los principios generales. (1) En nuestro concepto esto no es exacto. El artículo 1188 dice que el deudor no puede reclamar el beneficio del plazo cuando ha quebrado, lo que la doctrina y la jurisprudencia aplican á la quiebra mercantil; el art. 450 dice en otros términos la misma cosa: la sentencia declarativa de quiebra hace exigibles las deudas pasivas no vencidas con respecto al que quiebra. ¿Se puede decir que las rentas por vencer sean una de esas deudas á plazo que se hacen exigibles á consecuencia del decaimiento del deudor cuando quiebra civil ó mercantilmente? Esto es, al menos, muy dudoso. El Código Civil y el de Comercio suponen que el quebrado es deudor sin ser acreedor; estas son las deudas que figuran en el pasivo del deudor. ¿Es que el arrendatario es deudor en el sentido de que las rentas son por vencer como el que pide prestado lo es de la suma prestada? Seguramente no. El arrendamiento es un contrato

1 Martou, Comentario, t. II, p. 97, núm. 397. Más adelante citaremos la jurisprudencia.

que se perfecciona sucesivamente; si el arrendatario debe las rentas el dador, por su parte, debe el goce de la cosa y el arrendatario no debe pagar las rentas si el dador no le da el goce de la cosa arrendada: esto es lo que la definición misma del arrendamiento de cosas dice. El art. 1709 expresa: un contrato por el cual una de las partes se obliga á hacer gozar á la otra de una cosa durante cierto tiempo y mediante cierta cantidad que ésta se obliga á pagarle. El pago del precio ó de las rentas toma, pues, su origen en el goce que el dador debe prestar. Esta obligación de hacer gozar se perfecciona sucesivamente; luego la obligación del arrendatario también es sucesiva. De aquí se sigue que la deuda de las rentas futuras no se puede hacer exigible cuando la quiebra porque no podría llegar á serlo sino cuando la obligación correlativa del dador llegase á ser igualmente exigible; lo que es una suposición absurda. Siendo sucesiva la causa por la que se deben las rentas es imposible que el arrendatario deba rentas sin que el dador preste el goce. Sin duda se puede estipular que las rentas se paguen anticipadamente, pero en este caso el pago es condicional, de modo que no prestándose el goce habrá pago indebido y, por consiguiente, lugar á la repetición.

Nuestra conclusión es que las rentas no se hacen exigibles por solo el hecho de quebrar civil ó mercantilmente. Esto también está fundado en razón. ¿Por qué el deudor decae del beneficio del plazo cuando quiebra civil ó mercantilmente? Porque el acreedor no ha tratado con él sino en consideración á su solvencia personal; desde luego debe tener el derecho de rescindir el contrato cuando el deudor se hace insolvente. Esto es verdad para un prestamista, pero no de un dador. Este trata en vista de la garantía real que le da el privilegio: ¿qué le importa la quiebra mercantil? Conserva su prenda, lo cual basta para su seguridad; si esta prenda es insuficiente puede promover en rescisión. Lo que

decimos de la quiebra mercantil se aplica á la civil, puesto que el art. 1188 las coloca en la misma línea. Luego, en principio, el dador no tiene derecho á las rentas por vencer cuando el arrendatario quiebra civil ó mercantilmente.

394. El art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) no es, pues, la aplicación del derecho común cuando da al dador un privilegio por las rentas por vencer, lo que implica que tiene el derecho de reclamar estas rentas por preferencia á los demás acreedores en el precio de los objetos que están gravados con el privilegio. Conforme á los principios generales el dador no tendría más que el derecho de hacerse pagar de preferencia las rentas vencidas en la medida que la ley da el privilegio; es decir, dos ó tres años, según que se trate de un arrendamiento urbano ó rústico. En cuanto á las rentas por vencer como no pueden ser exigidas más que á paso y medida del goce el dador no tiene derecho en ellas sino hasta su vencimiento. Nada cambia, pues, la situación de las partes en tanto que el dador conserva su prenda. Es solamente cuando esta prenda llega á ser insuficiente cuando puede pedir la rescisión del arrendamiento. Aun en este caso no puede reclamar el pago de las rentas no vencidas porque el arrendatario no debe pagar las rentas, precio del goce, sino cuando se le ha prestado éste. Hé aquí cuál sería la situación de las partes contratantes conforme al derecho común. (1) El art. 2102 y en su seguimiento la Ley Hipotecaria derogan estos principios. Puesto que es una disposición excepcional, exorbitante, se la debe restringir á los límites del texto, que se debe interpretar restrictivamente. Aquí volvemos á encontrar á la Corte de Casación, cuya jurisprudencia interpreta la ley conforme á un principio del todo contrario. Considera lo exigible de las rentas por vencer como una aplicación del derecho común, lo

1 Compárese Delsol, informe de la comisión francesa sobre la ley de 12 de Febrero de 1872 [Dalloz; 1872, 4, 36].

cual permite una interpretación extraña; mientras que en nuestra opinión se trata de una disposición del todo excepcional, y á este título es de la más estricta interpretación.

¿Por qué la ley da al dador un privilegio para las rentas por vencer, lo que implica que puede reclamarlas en caso de quiebra civil ó mercantil del deudor? Acabamos de decir que esto no es una aplicación del derecho común sino una excepción, y no hay más razón para dicha excepción que el favor de que goza el propietario. Arrendó por un tiempo determinado contando sobre su privilegio; éste le debe, pues, asegurar el pago de todo crédito. Y en caso de quiebra civil ó mercantil los objetos mobiliarios afectados con su privilegio se venden en provecho de la masa; pareció equitativo colocar de preferencia á la masa las rentas urbanas ó rústicas. Se puede contestar la legitimidad de este favor para un crédito no vencido. Pero tal es el sistema de la ley; ha tratado de conciliar este favor con los intereses de la masa, dando á ésta derecho de realquilar.

395. Ahora se trata de definir los límites en los que se debe restringir este favor. Se desprenden del principio en el que está fundada la garantía que tiene el dador en los bienes inmuebles gravados con el privilegio. Generalmente se venden estos bienes y el precio se distribuye á los acreedores teniendo en cuenta el privilegio. El dador se hará, pues, colocar para las rentas por vencer en el valor del mobiliario gravado con el privilegio. Si el precio es suficiente el dador estará completamente desinteresado; el arrendamiento está mantenido; pero como es á expensas de la masa, en las que se han pagado las rentas anticipadamente, es también en su provecho en el que continuará el arrendamiento; es decir, que el locatario no puede aprovechar de un goce cuyo precio no paga; los acreedores que han pagado las rentas tendrán el derecho de rearrendar la casa; lo que en verdad es un subarrendamiento en provecho de la

masa. Si el precio de los inmuebles gravados con el privilegio no basta para pagar las rentas por vencer el dador podrá pedir la rescisión del arrendamiento porque el mobiliario que contiene el local arrendado está vendido, y desde que no existe esta garantía el dador puede promover en rescisión, salvo que la masa use de su derecho de realquilar pagando al dador todo lo que se le deba. Volveremos á este derecho y á las condiciones á que está sometido.

Tal es la hipótesis prevista por el texto del Código y de la Ley Hipotecaria. El art. 2102 y el 20 dicen que el dador ejerce su privilegio en las rentas por vencer sobre el precio de lo que contiene la casa arrendada ó la granja, salvo el derecho de subarrendamiento de la masa. Si el privilegio es insuficiente para desinteresar al dador los acreedores deberán pagar al propietario todo lo que se les quedará á deber todavía si quieren usar de su derecho de subarrendar. El favor ó la equidad que se invoca para el propietario justifican la preferencia así limitada; tiene por prenda los efectos gravados por el privilegio; si la masa le quita esta prenda el acreedor privilegiado debe tener el derecho de hacerse pagar todo lo que se le deba con el precio que proviene de la prenda. (1)

396. Llegamos á la jurisprudencia. Hé aquí las circunstancias en las que se pronunció la primera sentencia de la Corte de París, que fué casada. Arrendamiento de una casa aun no habitada por un término de nueve años, mediante 2800 francos y á cargo del arrendatario, tratante de vinos, el hacer todos los gastos de los trabajos de distribución, de pintura y aseo. Los gastos subieron á 18,000 francos. Quiebra del locatario con un pasivo de 32,890 francos y un activo de 16,748 francos. Los acreedores estaban dispuestos

1 Compárese Denegada, Sala Civil, 7 Diciembre de 1858 [Dalloz, 1859, 1, 62]. Pont, t. I, p. 95, núm. 126 bis.

á hacer un concordato; no se procedió á la venta ni del mobiliario ni de las mercancías. Intervino el propietario; todas las rentas vencidas fueron pagadas ú ofrecidas; el dador no se conformó, exigió una suma de 58,896 francos por las rentas por vencer y los demás cargos del arrendamiento. Esta demanda fué desechada por el Tribunal del Sena y por la Corte de París, apesar de las conclusiones contrarias del Abogado General. La sentencia aplicó los principios que acabamos de sentar. ¿Había lugar á ejercer el privilegio en las rentas por vencer? El arrendamiento no estaba rescindido de derecho pleno; las rentas estaban pagadas; el mobiliario del local arrendado, intacto; luego en nada había cambiado la situación de las partes, las garantías del dador estaban completas. ¿Qué digo? Las garantías habían aumentado por los trabajos del inquilino y por los subarrendamientos que habían aportado á las entradas de la casa 6400 francos. Preguntamos si por circunstancias de tal naturaleza dió el legislador al propietario un privilegio en las rentas por vencer. La ley quiso garantizar los intereses del dador, no que se enriqueciese á expensas del deudor y de los acreedores; y tal era en la especie la especulación del demandante; concluía en la rescisión del arrendamiento por falta de pago íntegro de las rentas por vencer; y siendo el activo 16,000 francos la masa no podía pagar de anticipo 58,000 francos de rentas. La quiebra se convertía en un magnífico negocio para el dador; se aprovechaba del aumento de valor de las construcciones y en vez de una entrada de 2800 francos percibía de rentas 6400 francos. El Abogado General contestó: *Dura lex, sed lex*. Lo cual nosotros negamos. ¿Se hacían exigibles las rentas por la quiebra? Nó (número 393). ¿El art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) da al propietario un derecho absoluto en el pago de las rentas por vencer? Nó; este es el punto decisivo; la ley le da un privilegio en el valor de los muebles que contiene el local arren-

dado de preferencia á los demás acreedores; esto supone la venta del mobiliario y el concurso de acreedores, la pérdida de la prenda y la colocación del dador por el privilegio. Y no estando vendidos los muebles los acreedores no pedirían nada; no habiendo amenguado la prenda nada había que distribuir. En realidad la sentencia que declaró al locatario en quiebra no había producido ningún efecto; la situación para el dador era, conforme á la declaración de quiebra, lo que antes era. Luego nada de lo que supone el artículo 2102 existía; por tanto, no había lugar al ejercicio del privilegio. El propietario pedía la rescisión del arrendamiento. ¿Cuándo há lugar á rescindir un contrato? Cuando el deudor no cumple con sus compromisos, dicen los artículos 1184 y 1741. ¿Es que en la especie el arrendatario había faltado á un compromiso cualquiera? Nó; había pagado las rentas vencidas y las garantías quedaban enteras para las rentas por vencer. Luego la Corte tuvo razón en desechár la rescisión. (1)

Hé aquí las circunstancias de la segunda sentencia de la Corte de París, igualmente casada. Arrendamiento por dieciocho años para la explotación de un lavadero público, con la condición que el arrendatario haría á sus costas, en el terreno arrendado, todas las construcciones necesarias, las que pertenecerán al dador si el locatario antes del vencimiento del arrendamiento no usa del derecho de comprar la cosa arrendada, derecho que le reservaba el contrato. Quiebra el arrendatario. Habiendo el síndico vendido en remate público los derechos concedidos al locatario el propietario reclamó el pago de las rentas por vencer. Sentencia del Tribunal de Comercio que decidió que el art. 2102 no era aplicable sino cuando el dador estuviera desposeído de su prenda; y en la especie la venta del arrendamiento no cambiaba en nada las garantías del propietario; el local

(1) París, 12 Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 1).

arrendado quedaba con los objetos que servían para la explotación del lavadero; además, las construcciones le habían dado un aumento de valor considerable que subsistía; en fin, el dador tenía aún un aumento de garantía en los muebles que contenía el edificio ocupado por los subarrendatarios. ¿Preguntamos de nuevo si la ley dió al propietario el derecho de reclamar las rentas por vencer, en el caso en que sus garantías, lejos de perecer, subsisten, y aumentadas? La sentencia fué confirmada en apelación, siempre sobre las conclusiones contrarias del Abogado General, por los motivos que acabamos de desarrollar. La Corte invoca el texto, argumento decisivo en un debate en que se trata de un privilegio. ¿Es que la ley concede al propietario en términos absolutos el derecho exorbitante de exigir las rentas no debidas por sólo que haya quiebra? Nó, el art. 2102 dice que el dador ejerce su privilegio en el valor de los muebles, lo que implica que para que haya lugar al ejercicio del privilegio se necesita que se hayan vendido los muebles en el sentido de que por la venta el propietario vió desaparecer su prenda, de que sólo queda su valor. Y en la especie los muebles quedaban en el local arrendado; quedaban como antes, prenda del dador. La Corte agrega que el privilegio es por su naturaleza de derecho estricto y que no se puede extender más allá del texto y de la mente con que se creó; se debe decir más: que el derecho sobre las rentas por vencer es un derecho excepcional, exorbitante, un favor que la ley concede al propietario; ¿pero este último tiene necesidad del favor cuando sus garantías son las mismas? (1)

397. Las sentencias de la Corte de París fueron casadas después de deliberación en la Cámara de Consejo. La Corte invoca los arts. 1188 del Código Civil y 444 (450) del Código de Comercio, que aplica á las rentas sin tener en cuen-

1 París, 26 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 109). Compárense en este sentido las autoridades citadas por Pont, t. I, p. 96, nota 3.

ta la diferencia esencial que existe entre la deuda de las rentas que sólo se deben cuando se ha prestado el goce y las deudas que tienen una causa actual y existente cuando la quiebra. La Corte no discute, afirma; nosotros no podremos hacer más que trasladarnos á lo dicho antes (núm. 393). La Corte invoca aún el art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) sin decir nada de la interpretación admitida por las sentencias atacadas, como si la cosa fuera evidente. Decir que el art. 2102 es un corolario de los 1188 y 444 (450) es afirmar de nuevo lo que es muy contestable, porque es considerar como aplicación del derecho común la facultad exorbitante de hacerse pagar sin haber prestado goce. La conclusión á la que llega la primera sentencia de casación es también exorbitante. Si el propietario no está pagado de todas las rentas por vencer tiene derechos, dice la corte, ó á prevalecerse de su privilegio haciéndose pagar adelantado, ó á pedir la rescisión del contrato conforme al art. 1184. Aquí la Corte aumentó á la ley en una materia esencialmente excepcional. ¿En dónde se dice que puede el dador pedir la rescisión del contrato? No es en el artículo 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) que sólo habla del pago de las rentas por vencer sobre el valor de los muebles que contiene la casa arrendada. ¿Y qué dice el art. 1184 citado por la Corte? Que há lugar á la resolución del contrato cuando el deudor ha faltado á sus compromisos: que se nos diga cuál es el compromiso que no ha cumplido el locatario que paga las rentas vencidas, que deja completa la garantía real. La segunda sentencia de casación parece considerar la falta de pago de las rentas por vencer como un motivo que hace aplicables los arts. 1844 y 444 (450). (1) Esto nos parece contrario á todo principio. ¿Es que el arren-

1 Casación (dos sentencias), 28 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 201). Compárese en este sentido Aubry y Rau, t. III, p. 147, nota 34, pfo. 261; Pont, tomo I, p. 95, núm. 126 bis.

datario debe las rentas por vencer antes que haya habido goce de los locales arrendados? ¿Puede la deuda existir sin causa? Si el propietario puede exigir las rentas por vencer no es en virtud de una obligación contraída por el *deudor* es porque la *masa* se acoge á la *prenda* que pertenece al dador y la realiza en su provecho; y en la especie la *masa* había dejado intacto el mobiliario; el pago anticipado de las rentas por vencer no tenía, pues, ninguna razón de ser; y, sin embargo, se la invoca como causa de rescisión contra el arrendatario. Esto es confundir todas las cosas, las relaciones entre el propietario y la *masa* con las relaciones del dador y del locatario. (1)

La Corte de Orleans, á la que se trasladó el negocio, admitió la doctrina de la Corte de Casación. La resumió en una palabra, pero la fórmula atestigua contra el principio: «El crédito del dador se hace exigible, en caso de quiebra, como cualquier otro crédito. En vano trataría de demostrar el locatario que los intereses del dador no están en peligro; el solo hecho de la quiebra crea en provecho del dador un derecho cuyo ejercicio no puede estar subordinado á causas de seguridad invocadas por el que quiebra.» (2) La ley no dice esto y lo que se le hace decir está en oposición con los principios más elementales. ¿Qué cosa es el privilegio? Una garantía real para el pago del crédito hipotecario. ¿Cuándo se ejerce el privilegio? Cuando el dador no paga lo que debe. Y en las especies juzgadas por la Corte el dador había pagado, luego no había lugar al privilegio. La ley todavía da otro derecho al dador: el de hacerse pagar las rentas por vencer, lo que no es un privilegio ordinario sino un derecho exorbitante que no se puede explicar más que por el favor que merece el crédito del propietario; es-

1 Compárese la disertación de Mourlón, en nota, en la Revista Periódica de Dalloz, 1865, 1, p. 201.

2 Orleans, 5 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 136).

supone que las rentas están en peligro; no es absurdo reclamar un favor del todo exorbitante concedido porque un crédito está en peligro cuando no hay ningún peligro? Decir que la quiebra sola debe producir este efecto es atribuirle un efecto mágico que no tiene razón de ser.

398. La Corte de París, en una primera sentencia, señala las consecuencias funestas que resultarían del derecho exorbitante que se reconociera al dador de exigir el pago de las rentas por vencer cuando la garantía real queda en pie. No invocamos las consecuencias á las que conduciría la interpretación de una ley como un motivo jurídico contra ella; esto es asunto del legislador. Si la hacemos constar es porque el legislador se preocupó con ello; en Francia la ley de 12 de Febrero 1872 modificó el art. 2102. «La pretensión del propietario, dice la Corte de París, coloca á la *masa* de los acreedores en esta alternativa: ó á obligarlos á abandonar la parte realizada y la más neta del activo, suponiendo que pudiese bastar para conservar el derecho al arrendamiento y el valor del fondo de comercio, ó, si el estado de quiebra no permitiera hacerse pagar íntegramente, perder el derecho al arrendamiento, el valor del fondo de comercio y las ventajas que pudiesen resultar de su explotación. Un derecho exorbitante también sacrificaría los intereses de todos al de uno solo, constituiría un privilegio más en provecho del propietario; haría imposibles los concordatos y aun podría dar como resultado colocar al propietario en una situación más ventajosa que si la quiebra no hubiese tenido lugar, haciéndole entrar en posesión de un inmueble cuyos productos estuvieran aumentados considerablemente para los trabajos ejecutados por el arrendatario, y de los que sólo el propietario se aprovecharía, y sin indemnización.»

Es imposible que el legislador mantenga un privilegio que se convirtiera en una especulación de la quiebra. La

ley de 12 de Febrero de 1872 ha modificado las disposiciones del Código Civil y del de Comercio referentes al privilegio del propietario cuando se trata del arrendamiento de inmuebles deteriorados de la industria ó comercio del quebrado. Permite á los síndicos continuar el arrendamiento satisfaciendo todas las obligaciones del locatario. Si el dador tiene el derecho de promover en rescisión por inejecución de los compromisos contraídos por el arrendatario debe formular su demanda en los quince días de la notificación que le hagan los síndicos de su intención de continuar el arrendamiento, si no está reputado haber renunciado á las causas de rescisión que pudiera tener. En caso de rescisión el privilegio del dador se reduce á dos años vencidos y uno corriente. Si el arrendamiento no está rescindido el propietario no puede exigir más que las rentas vencidas, no puede pedir las por vencer en caso en que las seguridades que tenía cuando el contrato hayan sido mantenidas ó cuando las que le ofrecieron los síndicos se juzguen suficientes. Cuando los muebles de la casa se venden el dador puede ejercer su privilegio por dos años vencidos: el año corriente y uno por vencer. (1)

2. *Del derecho de subarriendo de los acreedores.*

399. El art. 20 (Código Civil, art. 2102) después de dar al dador un privilegio en las rentas por vencer, cuando el arrendamiento es auténtico ó que tenga fecha cierta, agrega: "En este último caso los demás acreedores tienen el derecho de volver á arrendar la casa ó la granja por el resto del arrendamiento y sacar provecho de las rentas con cargo de pagar al propietario todo lo que aún se le debiera." ¿Cuál es el motivo de este derecho de rearrendamiento? La Corte de Casación dice en las sentencias que acaba-

1 Dalloz, 1872, 4, 34.

mos de discutir (núm. 397) que dicho derecho es una disposición de equidad; hubiera sido más exacto decir que el derecho al pago de las rentas por vencer es un favor exorbitante que la ley concede al propietario y que el derecho de volver á arrendar es una consecuencia muy natural de esta extensión del privilegio de que goza el dador.

Las rentas son el precio del goce que el propietario se obliga á ministrar; recibe las rentas por anticipación cuando el arrendatario quiebra civil ó mercantilmente; está, pues, pagado de un goce que debe procurarle: ¿á quién? No es al que quiebra, porque es á expensas de la masa en las que se pagaron las rentas anticipadamente; luego es la masa la que se halla substituida, subrogada en virtud de la ley á los derechos del arrendatario. La ley sólo aplica el derecho común; si la masa paga es que está obligada á hacerlo; paga, pues, por el que quiebra una deuda por la que está obligada por él; por consecuencia, está subrogada á él en virtud del principio del art. 1251, 3.º

400. ¿En qué casos los acreedores tienen el derecho de volver á arrendar? El texto contesta á la pregunta: cuando el dador ejerce su privilegio en las rentas por vencer. Si el dador no pide las rentas ¿podrán los acreedores, apesar de él, volver á arrendar la casa satisfaciendo las obligaciones del arrendatario? Hay controversia. En nuestro concepto los acreedores no pueden tener el derecho de volver á arrendar cuando el dador no usa de su privilegio. Esto es porque el propietario reclama las rentas por vencer que la masa debe pagar, y es esta obligación de pagar las rentas la que subroga á los acreedores á los deudores del locatario. Y los acreedores no pueden forzar al dador á reclamar las rentas por vencer. Puede tener derecho é interés en rescindir el arrendamiento, y si ya lo está no se

puede ya tratar de volver á arrendar. (1) Y si el dador lo pide la rescisión del arrendamiento, ¿con qué derecho se pondrán los acreedores en el lugar del arrendatario? La cuestión no tiene sentido. (2)

401. ¿Cuáles son las condiciones para el ejercicio del derecho de volver á arrendar? La ley contesta que los acreedores deben pagar al propietario todo lo que aún se le debiera. Esto se refiere á las rentas; puede suceder que el valor de los muebles que contengan los locales arrendados no baste para pagar todas las rentas por vencer cuando el arrendamiento es largo ó que las rentas sean crecidas. El propietario no tiene derecho de exigir el pago de las rentas en tanto que excedan el valor de su prenda, pero los acreedores pueden ofrecerle para aprovechar volver á arrendar; desde que el propietario reclama las rentas por vencer los acreedores tienen el derecho de mantener el arrendamiento pagando todo el crédito privilegiado. El dador puede tener otros créditos que nazcan del arrendamiento; están garantizados por el privilegio tanto como por las rentas; los acreedores que se toman el lugar del arrendatario deben pagarlos.

Algunas veces sucede que en los arrendamientos importantes el pago de las rentas se arregla de autemano con pagarés á la orden, valor por rentas y cuyos vencimientos se fijan para las épocas en que se deban pagar las rentas. Este arreglo en nada modifica los derechos de las partes contratantes ni la situación de los demás acreedores; los pagarés no son una deuda ordinaria sino una deuda de renta; los portadores tienen los derechos del dador y el locatario las obligaciones que nacen del arrendamiento; los pagarés no se hacen, pues, exigibles sino en el caso en que

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Enero de 1827 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 276).

2 Véanse en sentido diverso los autores citados por Pont, t. II, p. 102, número 128, y Martou, t. II, p. 97, núm. 401.

se puedan exigir las rentas; se pagan por privilegio sobre el precio de lo que contiene la casa, y si los portadores piden el pago íntegro los acreedores pueden usar de su derecho de volver á arrendar. (1)

402. La ley dice que los acreedores tienen el derecho de volver á arrendar la casa ó la granja *por el resto del arrendamiento*. ¿Quiere decir que si los acreedores usan del derecho de volver á arrendar deben forzosamente acabar el arrendamiento? Se supone que quedan diez años por vencer, á razón de 5000 francos por año. El propietario reclama su privilegio en las rentas por vencer, pero el valor de lo que contiene la localidad arrendada es insuficiente para pagar todo el crédito; se pagan sólo cinco años. ¿Pueden los acreedores volver á arrendar por dichos cinco años ó deben pagar los últimos cinco años y acabar el arrendamiento? Hay controversia; el texto parece exigir que los acreedores paguen todo lo que se debe al propietario y que rearriendan por el tiempo que *queda* del arrendamiento. Decimos que el texto parece exigirlo; es más bien una suposición que una condición, porque la condición no tendría sentido. El dador percibe cinco años de renta; debe el goce de la cosa por estos cinco años. ¿Quién tiene derecho á este goce? El que paga las rentas; luego la masa. ¿Si los acreedores no tuvieran el derecho de rearrendar qué se volvería el goce? ¿Pertencería al deudor? Nó, porque se enriquecería á expensas de sus acreedores; lo que es un absurdo. ¿Tendría el propietario derecho á entrar en posesión de la cosa? Así recibiría el precio de un goce que debe á otros y que ejercería él mismo; todavía un absurdo. En fin, ¿se dejarían desocupadas las localidades? Esto sería el colmo del absurdo, porque habrían sido pagadas las rentas sin que nadie gozara. Este es el caso de decir que suponer no es disponer; la ley decide implícita-

1 Compárese Denegada, 22 de Abril de 1851 (Daloz, 1851, 1, 237); Pont, tomo I, p. 54, núm. 125.

mente la dificultad aplicando á los acreedores el principio de la subrogación; debe subrogar á los derechos del locatario por todos los años del goce cuyo valor ha recibido el dador á expensas de la masa. (1)

403. ¿Los acreedores que usan del derecho de rearrendar deben pagar las rentas por vencer anticipada y totalmente ó están admitidos á pagar las rentas á su vencimiento ministrando las garantías al propietario? Todavía una controversia. Nosotros la decidimos conforme al texto, aunque la decisión no esté en armonía con los principios y con la equidad. La Corte de Rouen dice muy bien que después de haber establecido el derecho del propietario de hacerse pagar con el valor de los muebles todas las rentas por vencer el artículo 2102 concede á los acreedores el derecho de subarrendar, pagando al propietario todo lo que se le quedaba debiendo; lo que, por la correlación que existe entre las dos partes del art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20), se debe entender todo lo que el propietario tenía el derecho de exigir en virtud de su privilegio y todo lo que el ejercicio sobre el valor de los muebles no le ha procurado; es porque el propietario está completamente desinteresado para hacerse pagar anticipadamente las rentas no vencidas por lo que el derecho de subarrendar está concedido á los demás acreedores. (2)

El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Subroga á los acreedores á los derechos del inquilino, y la condición esencial de toda subrogación es el pago de la deuda. Si apesar del texto los autores están divididos es que han retrocedido ante la enormidad del privilegio que le resulta al

1 Aubry y Rau, t. III, p. 146, nota 31, pfo. 261; en sentido diverso los autores que citan: Pont, t. I, p. 104, núm. 129 y las sentencias que cita.

2 Rouen, 29 de Junio de 1859 (Daloz, 1860, 2, 21). La jurisprudencia es constante en este sentido; citaremos las últimas sentencias, París, 26 de Enero de 1860 (Daloz, 1860, 5, 298); Orleans, 22 de Agosto de 1860 y 10 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1862, 2, 118 y 1865, 2, 227); Casación, 16 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 261) y Denegada, 15 de Julio de 1868 (Daloz, 1872, 1, 95).

propietario. (1) ¿Cuál es su derecho en principio? Percibe una renta como precio del goce que le ministran. ¿Qué puede exigir? El precio cuando se ha prestado el goce y las garantías para el pago. Se le ofrecen estas garantías por un caucionante y anula la consignación de las rentas, y, sin embargo, tiene el derecho de rehusar. Esto es llevar el favor hasta la iniquidad. Se debe contestar: *Dura lex, sed lex.*

404. ¿Tienen los acreedores el derecho de subarrendar hasta el fin del año corriente y por el año siguiente cuando el arrendamiento no tiene fecha cierta? Bajo el imperio del Código había controversia. Bajo el punto de vista de los principios no hay duda; desde que el dador recibe una parte de su renta por un goce futuro este goce debe aprovechar á la masa, pero el texto del art. 2102 levanta una dificultad porque no reserva el derecho de subarriendo á los acreedores sino al hablar del caso en que el arrendamiento tiene fecha cierta. Y en materia de privilegios los textos ejercen un imperio tiránico. La ley belga ha quitado la duda; las palabras *en este último caso* se refieren á toda frase que las precede y en que se trata del derecho que el dador puede ejercer en las rentas no vencidas en las dos hipótesis previstas por la ley cuando el arrendamiento tiene fecha cierta y cuando no la tiene (2) Aun se podría objetar que le ley dice: *en este último caso;* lo que parece referirse restrictivamente al arrendamiento que tenga fecha cierta. Nosotros guardamos un gran respeto al texto, sin embargo, al mantener el derecho del intérprete de conciliar el texto con los principios y con el buen sentido cuando la cosa es posible. La redacción de la ley está bastante complicada; si se resume en una serie de principios

1 Véanse Aubry y Rau, t. III, p. 145, nota 30, pfo. 261, y en sentido diverso los autores que citan.

2 Martou, Comentario, t. I, p. 94, núm. 396.

no queda ninguna duda acerca de la mente del legislador. Comienza por decir cuál es el derecho del dador en cuanto á las rentas vencidas, después habla de las rentas no vencidas; aquí distingue el caso en que el arrendamiento tiene fecha cierta y el caso en que no la tiene; esta distinción determina los derechos del dador. Cuando el dador ejerce su privilegio nace la cuestión de saber cuáles son los derechos de los demás acreedores. ¿Tiene derecho de realquilar? Bajo qué condición? Para el goce cuyo precio recibió el propietario; poco importa, en cuanto al derecho, cuál es la extensión de este goce; el derecho será más ó menos extenso, pero existirá en las dos hipótesis. Hé aquí el art. 20 (Código Civil, art. 2102) formulado en principios; y así analizado no deja ninguna duda. (1)

405. Queda una dificultad. El arrendamiento prohíbe subarrendar; ¿pueden los acreedores, no obstante la prohibición, ejercer el derecho de rearrendar? La afirmativa no es dudosa. Al rearrendar los acreedores no ejercen un derecho que les da la convención sino la ley que se los concede en una hipótesis que está fuera del derecho común. El dador reclama las rentas por vencer, las percibe; después de esto vendrá á decir que el arrendamiento prohíbe á los acreedores subarrendar? ¿En qué se convertiría entonces el goce de la cosa y á quién pertenecería? Hemos contestado de antemano á lo que conduciría este absurdo (número 402). Pero aquí la ley no es culpable; el dador, sin duda, puede, si quiere, impedir el rearriendo; siempre puede, en nuestra opinión, reclamar las rentas por vencer (núm. 400); pero no puede al mismo tiempo exigir el goce y negárselo á los que le pagan. La opinión general está en el mismo sentido. (2)

1 Compárense en sentido diverso los autores franceses citados por Aubry y Rau, t. III, p. 145, nota 29, pfo. 261, y Pont, t. I, p. 101, núm. 128.

2 Véanse las autoridades en Pont, t. I, p. 102, nota 1 y en Aubry y Rau, tomo III, p. 146, nota 32, pfo. 261.

II. De las obligaciones que nacen del arrendamiento.

406. El art. 20 dice: «Igual privilegio há lugar para las reparaciones de cosas y para todo lo relativo á la ejecución del arrendamiento.» Al decir que *igual* privilegio la ley no entiende aplicar á las reparaciones de casas y demás obligaciones que nacen del arrendamiento lo que dice de las rentas urbanas y rústicas; esta última obligación es sucesiva, mientras que las otras nacen del no cumplimiento de una cláusula del arrendamiento ó de una violación de la ley que reemplaza la convención. Tal es la obligación de soportar las reparaciones de casa; el arrendatario no las hace; de aquí el derecho del dador. No hay que distinguir entre los arrendamientos que tienen fecha cierta y los que no la tienen; la obligación existe para todo inquilino; por consiguiente, el derecho para todo dador; lo cual es decisivo para el privilegio. El fraude no es de temerse para los acreedores, salvo que contesten la existencia del derecho en razón del que el dador quiere ejercer un privilegio. (1)

407. Por *ejecución del arrendamiento* se debe entender todas las obligaciones que la ley ó el contrato imponen al arrendatario; las que la ley establece se consideran como convenidas por las partes; relacionándose esto á la ejecución del contrato. Un tribunal de primera instancia se engañó al decidir que el crédito del propietario contra el locatario en razón de la destrucción del edificio por un incendio era extraño á la ejecución del arrendamiento. Es verdad que el acta de arrendamiento no decía nada, pero las partes no tienen necesidad de enumerar en el acta todas las obligaciones que contratan; están escritas en el Código y las partes se apropian las disposiciones del Código como otras tantas cláusulas de sus convenciones solamente porque no las derogan; y una de las principales obligaciones

1 Martou, Comentario, t. II, p. 98, núm. 402.

del arrendatario es la de vigilar la conservación de la casa con los cuidados de un buen padre de familia; si no la restituye responde de su pérdida; de aquí el derecho del dador; este derecho resulta de la inejecución de la obligación que el arrendatario ha contraído; luego tiende á la ejecución del arrendamiento y, por consiguiente, está privilegiada. (1)

408. ¿Los adelantos que hace el dador para el contrato de arrendamiento al arrendatario están garantizados por su privilegio? La afirmativa está admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Es incontestable cuando los adelantos se refieren al arrendamiento; es decir, los derechos y obligaciones que resultan de él; en este caso la letra y el espíritu de la ley son aplicables. Pero si hiciera un préstamo en efectivo al arrendatario en el acta de arrendamiento, sin que hubiese relación entre dicho préstamo y el arrendamiento, ya no sería un adelanto sino un préstamo ordinario, y la ley no da privilegio por causa de préstamos. La jurisprudencia es de esta opinión; si da un privilegio al dador por los adelantos que hace es porque son relativos al arrendamiento. Un dueño de fraguas se compromete á ministrar al locatario del taller la madera necesaria para su construcción; se juzgó que este adelanto estaba privilegiado. (2) Sucede lo mismo con la provisión de remolachá que el dador hace al arrendatario de una instalación para la fabricación de azúcares. (3) El dador ministra al arrendatario de un molino como capital de giro la cantidad de 10,000 francos; el adelanto estaba destinado á hacer trabajar la fábrica; tenía por objeto la ejecución del arrendamiento; luego estaba privilegiado. Esto no fué ni contestado en la especie; el debate únicamente se refería á la naturaleza del contrato, que se pretendía ser un contrato de sociedad. (4)

1 Bruselas, 3 de Abril de 1865 [Pasicrisia, 1866, 2, 143].

2 Burdeos, 7 de Agosto de 1833 (Daloz, en la palabra Privilegios núm. 245).

3 Douai, 26 Abril de 1850 (Daloz, 1851, 2, 60).

4 Rennes, 6 de Junio de 1862 (Daloz, 1862, 2, 12).

409. La solución se hace dudosa si los adelantos han sido estipulados por una convención formada en el curso del arrendamiento. Sin embargo, se debe decidir que cae bajo la aplicación de la ley. En efecto, las convenciones, aunque posteriores al acta primitiva, se refieren á ella y son una consecuencia, son cláusulas adicionales. Esto es tan verdadero que dichas cláusulas deberían ser transcriptas en el caso en que el arrendamiento mismo estuviera sometido á la transcripción. Luego el texto es aplicable y el espíritu de la ley no es dudoso; ¿qué importa el momento en que se haya hecho el adelanto con tal que tenga por objeto la ejecución del arrendamiento? Agregaremos que la tradición está en el mismo sentido. Pothier comienza por decir que los adelantos convenidos por el arrendamiento están privilegiados, después dice que hay más que dificultad si los adelantos no se han consentido sino después del arrendamiento, porque en este caso hay un contrato de préstamos separado y distinguido del arrendamiento y que no forma ninguna parte. Sin embargo, dice, parece que el uso ha extendido á estos adelantos el derecho de los dueños de granjas, sobre todo cuando consisten en granos ú otras especies, y que no se puede dudar que tienen por objeto hacer valer la granja porque habiendo hecho el dueño de la granja este adelanto en interés de su granja hay igual razón que para el arrendamiento. (1)

La jurisprudencia se pronunció en el mismo sentido dando quizá una gran extensión al privilegio del dador. Admitía el privilegio no sólo cuando los adelantos fueran hechos al arrendatario por necesidades del cultivo, ya en abarrotos, ya en dinero, reconocía aun el privilegio cuando los adelantos se hacían á un colono necesitado para ayudarlo á vivir;

1 Pothier, Tratado del arrendamiento, núm. 254. Compárense en el mismo sentido los autores modernos (Aubry y Rau, t. III, p. 163, nota 25, p. 261).

los arrendatarios, dice la Corte de Angers no tendrían el medio de cultivar sino tuvieran el de alimentarse, y el propietario que ministra los granos á su colono destituido de la subsistencia no sólo se los da para ayudarlo á trabajar y no se los hubiera dado si no estuvieran en su hacienda. (1)

Esto es posible y el crédito, sin duda, es muy favorable; pero no es, sin embargo, un crédito de alimentos, y la ley no privilegia más que los créditos que nacen de la *ejecución del arrendamiento*, y los privilegios son de más estricta interpretación.

Núm. 3. A lo que se refiere el privilegio.

410. El dador tiene el privilegio en el precio de todo lo que guarda la casa ó la granja y de todo lo que sirve para la explotación de la hacienda. Cuando se trata de bienes rurales el privilegio se ejerce también sobre los frutos de la cosecha del año (art. 20, Código Civil, art. 2102). Lo que *sirve para la explotación de la hacienda la amuebla* también; tales son útiles, arados y aperos. Se puede, pues, decir que el privilegio se refiere: primero, á todo lo que amuebla el local arrendado, y segundo, á los frutos de la cosecha del año.

I. ¿Cuáles son los muebles que amueblan los locales arrendados?

411. Los autores no se entienden en la definición de los muebles que se guardan, y es difícil dar una que comprenda todos los casos que se puedan presentar; otra cosa es el mobiliario de una casa de comercio, de una fábrica ó de un teatro. Se necesita, sin embargo, un principio que sirva para decidir las dificultades que se presentan en la aplicación. M. Valette, en su magnífico *Tratado de los Principios*,

1 Angers, 27 de Agosto de 1821 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 264). Compárese Limoges, 26 de Agosto de 1849 (Daloz, 1849, 2, 173).

dice: "Lo que amuebla una casa arrendada ó una hacienda no es todo lo que en ella se encuentra sino todo lo que en razón de su destino y para la explotación del local debe quedarse allí de una manera habitual y permanente." Los Sres. Aubry y Rau formulan el principio casi en los mismos términos: "El privilegio del inquilino de una casa se refiere á los muebles corporales que se hallan allí constantemente, ya para comodidad ó higiene de la habitación, ya para usos domésticos ó para el ejercicio de la profesión del inquilino." Hasta aquí las dos definiciones están de acuerdo. M. Valette dice, en términos casi absolutos, que los objetos gravados con el privilegio son los que quedan de un modo permanente en la localidad arrendada; limitando así los objetos gravados con el privilegio sólo tuvieron presentes las casas de habitación. Los editores de Zachariæ completan la definición agregando que el privilegio también afecta los objetos colocados en la casa arrendada por cierto tiempo para ser vendidos; tales son las mercancías que forman parte del comercio del locatario. Aunque se tratara de un no comerciante hay objetos mobiliarios que están gravados con el privilegio y que no se quedan de un modo permanente en la localidad arrendada; tales son los abarrotes destinados al consumo. (1)

Aun hay otra definición más extraña. Mourlón dice que todos los objetos que se hallen en la casa la amueblan. (2) El último autor que ha escrito en materia de privilegios ó hipotecas, M. Pont, reproduce poco más ó menos esta definición. (3) Si se la pudiera aceptar pondría fin á la dificultad, puesto que nada quedaría exceptuado del privilegio; todo lo que ocupe un lugar en la casa estará comprendido.

1 Valette, Privilegios, p. 60, núm. 55. Aubry y Rau, t. III, ps. 138 y siguientes, pfo. 261.

2 Mourlón, Examen crítico, t. I, p. 230, núm. 83. Compárese la crítica de Martou, t. II, p. 100, núm. 407.

3 Pont, t. I, p. 86, núm. 121.

Pero basta comparar la definición con el texto para convencerse de que lo extiende, lo ensancha, y cualquiera interpretación que tratara de extender el privilegio debería ser rechazada. Las costumbres de París y de Orleáns decían: *todos los bienes que estén en la casa ó todos los muebles que se encuentren en el hotel*. Hé aquí los términos por los que se quería interpretar los del Código Civil; pero los autores del Código no han reproducido la fórmula de las costumbres; han empleado una expresión más restrictiva: la de los muebles que amueblan; y no es lógico dar á términos restrictivos el sentido que se daba á los términos mucho más generales del derecho antiguo.

Hay una tercera interpretación más restrictiva que la de Valette y de Zachariæ; agrega una condición á la generalmente admitida, y es que los objetos sean *más ó menos aparentes*, de manera que atraigan la atención del arrendatario y que entren en sus cálculos para determinar la confianza que ha dado al locatario. (1) Esta definición es, al mismo tiempo que muy vaga, muy arbitraria. Comprendemos lo que quiere decir un objeto *aparente*, ¿pero qué quiere decir un objeto *más ó menos aparente*? Y para que un objeto llame la atención del dador se necesita que lo haya visto; que haya, pues, recorrido toda la casa arrendada, desde la cueva hasta el granero, ó que haya asistido al amueblamiento. Estas condiciones están tomadas fuera de la vida real. El dador no tiene necesidad de ver los objetos que el locatario pone en el local arrendado; sabe que no se puede habitar una casa sin tener los muebles necesarios, sean ó no aparentes; y si se trata de un inmueble que tenga un destino particular el dador también sabe que una tienda debe estar provista de mercancías, una fábrica de materia prima y de objetos manufacturados; cuenta, sobre todo, estos efectos para garantía de su crédito y el arrendatario los

1 Martou, Comentario, t. II, p. 100, núm. 407.

da tácitamente en empeño; tal es el fundamento del privilegio y el que determina su extensión.

412. Hay objetos que en todos los sistemas se consideran como que amueblan el local arrendado; éstos son los muebles destinados al uso de las personas que habitan la casa ó que ornamentan los departamentos. Algunas veces se ha sostenido ante los tribunales que se deben limitar el privilegio y esta clase de muebles. Esta es una interpretación muy restrictiva. Excluiría al lienzo, que no está comprendido en la expresión *muebles que amueblan* y que, sin embargo, adornan; el uso vulgar lo demuestra. Cuando se arrienda una casa *amueblada* la ropa forma parte de los objetos que el dador ministra al inquilino, por la sencilla razón de que la casa debe estar amueblada de todo lo que es necesario para su habitación. Lo cual prueba que no se debe uno apegar al carácter de apariencia; la ropa está encerrada en armarios y, sin embargo, en la intención de las partes contratantes hace parte de la prenda en cuya fe se consintió el arrendamiento. Sucede lo mismo con las vajillas que forman parte del servicio de mesa; el dador cuenta sobre ellas, por poca importancia que tenga el arrendamiento, y su interés es también el del inquilino; de aquí el empeño tácito, en el que descansa el privilegio. (1)

413. Hasta aquí están de acuerdo. También se está en excluir ciertos muebles del privilegio como que no amueblan el local arrendado. Nunca se ha dicho del dinero que amueble el local en que se halle la caja. Menos se dice de los valores comerciales ó industriales que los amueblen. Lo que es decisivo es que las casas *amuebladas* que se arriendan en las grandes ciudades seguramente no comprenden el numerario ó los billetes de banco. No hay necesidad de un principio para decidir estas cuestiones, basta el buen sentir; no se debería así discutir las.

1 Durantón, t. XIX, p. 105, núm. 79 y todos los autores.

Hay controversia sobre las alhajas y pedrería. Si se admite nuestro principio de interpretación no hay ni la menor duda; estos objetos no amueblan la casa, adornan á la persona. Cuando se alquila una casa amueblada por muy lujosa que sea no se la amuebla con alhajas; es ridículo sentar esta cuestión. En cuanto á la intención tácita que constituye el empeño no puede tener por objeto más que las cosas que todo inquilino posee y que ofrecen una utilidad ó un lujo cualquiera para los que habitan la casa; y ¿qué relación existe entre la casa y los diamantes? Es inútil insistir. (2)

414. No hay jurisprudencia acerca de los puntos que acabamos de tocar; prueba de que las dificultades que entorpecen la teoría son extrañas á la vida real. Hé aquí una singular cuestión presentada ante la Corte de Lyon. Un propietario trabó embargo en telares colocados por el arrendatario en la fábrica que tenía arrendada. Pretendía que el embargo comprendía también el derecho de servirse de los telares; es decir, en la especie, de la patente de invento que, cuando el embargo, pertenecía al arrendatario. La Corte contesta por el texto que exige que los muebles guarnezcan el local arrendado; y ¿se puede decir de un objeto incorpóreo que guarnezca el taller? (3)

415. El inquilino asegura su mobiliario ó su riesgo del local. Se pregunta si el privilegio del dador se extiende á la indemnización debida al arrendatario en caso de incendio. Hay numerosas jurisprudencias acerca de este asunto; (1) se reduce á muy sencillas expresiones. La indemnización no es con seguridad un objeto mobiliario que amueble la casa, ya sea que se deba ó que se pague; cuando es paga-

1 Martou, t. II, p. 101, núm. 408. Valette, p. 60, núm. 55. Durantón, tomo XIX, ps. 104 y 105, núm. 79. Aubry y Rau, t. III, p. 139, nota 8, pfo. 261.

2 Lyon, 26 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 2, 234). Compárese París, 8 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 250, 2.º).

3 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 139, nota 10, pfo. 261.

da se confunde con el dinero, el que no está gravado por el privilegio; y si se debe es un crédito del inquilino, y los créditos no amueblan la casa. Se necesitaría, pues, una disposición de la ley para subrogar la indemnización al mobiliario gravado con el privilegio. En derecho francés no hay ley que establezca la subrogación. La ley belga (art. 10) ha llenado este vacío; volveremos á ello al tratar de la extensión de los privilegios é hipotecas.

416. Lo que acabamos de decir sólo se aplica á las casas que sirven exclusivamente de habitación. Hay inmuebles que aun tienen otro destino; los inquilinos que los habitan ejercen una profesión ó un comercio en el que necesitan materia prima ó mercancía. El taller puede ser una fábrica que comprenda á la vez materia prima: telares, máquinas y productos que se llaman de manufactura, aunque el trabajo sólo se haga á mano. El privilegio se extiende en estos diversos casos á todos los objetos mobiliarios que son necesarios para el ejercicio de su profesión, de su comercio ó de su industria. Esto es de doctrina y de jurisprudencia.

La Corte de Casación de Bélgica pronunció sobre esta cuestión una sentencia de principio. Se pretendía que la ley sólo tuvo presente los muebles que amueblan: lo que excluiría la materia prima y las mercancías fabricadas. La Corte contesta que el texto no habla de muebles que amueblan, lo que debería haber dicho si hubiera entendido restringir el privilegio del dador. La ley dice, al contrario, en términos generales: *todo lo que amuebla ó guarnece* la casa alquilada. Y la ley se aplica no solamente á las casas que sirven de habitación, da un privilegio á todo arrendamiento de *inmuebles*; luego el privilegio debe recaer sobre todo lo que guarnece los inmuebles, cualquiera que sea su destino; los objetos que amueblan son en este caso los que sirven á la explotación del comercio ó industria del arrendatario, y

si la materia prima guarnece debe suceder lo mismo con los productos, mercancías confeccionadas y las que el inquilino mercader compra para revender; la naturaleza de los objetos que guarnecen varía necesariamente con el destino del local arrendado. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. El dador debe tener una garantía en las rentas de un establecimiento industrial ó comercial; su crédito será generalmente mucho mayor que el del arrendamiento de una casa; luego su garantía debe también ser más extensa. ¿Contará sobre los muebles que amueblan? Dificilmente los hay en una fábrica, los telares y las máquinas son inmobiliarios; los muebles que sirven para el uso de la persona no los hay ó hay pocos; de modo que para los inmuebles más preciados la garantía sería nula si se limitara á los muebles que amueblan. Es seguro que no es esa la intención de las partes contrayentes: el dador quiere una garantía y el arrendatario está interesado en ofrecerla completa, y ¿en qué consiste esta garantía si no en la materia prima y en las mercancías? (1)

La Corte de Casación de Francia ha consagrado el mismo principio en una sentencia más reciente; juzgó, sin discutir la cuestión, que las mercancías que hacían el objeto del comercio del arrendatario y que se encuentran en el local para recibir las son *evidentemente* objetos que guarnecen los locales arrendados y están, por consiguiente, sometidas al privilegio del dador. (2)

No nos agrada este modo de zanjar las dificultades: no basta con decir que una cosa es evidente, se debe demostrarlo.

1 Denegada, 2 de Febrero de 1843 (Pasicrisia, 1843, 1, 118). Véase una aplicación del principio en una sentencia de la Corte de Bruselas que decide que los objetos que se hallan en una farmacia son gravados con el privilegio (2 de Noviembre de 1842. Pasicrisia, 1842, 2, 312).

2 Denegada, 9 de Noviembre de 1869. (Daloz, 1870, 1, 213).

II. De los objetos que no pertenecen al arrendatario.

417. ¿Recae el privilegio en los objetos que guarnecen cuando no pertenecen al arrendatario? En teoría se debería responder negativamente. En efecto, el privilegio del dador es un empeño tácito, y el empeño, lo mismo que la hipoteca de la cosa ajena, es nulo (t. XXVIII, núm. 206). Pero la teoría no tiene interés práctico en lo relativo al privilegio del dador. ¿En qué consiste el empeño que la ley da sobre los muebles que guarnecen la casa alquilada? El dador cuenta sobre el mobiliario que el inquilino lleva al local arrendado. ¿Tiene el derecho de informarse si el arrendatario es propietario de los muebles que la guarnecen? Nó, puesto que no se forma ninguna convención entre las partes; el arrendatario no ofrece tal objeto como garantía al dador, que lo pueda desechar. Debe, pues, contar sobre los muebles que el arrendatario lleva á la casa. Esta razón no es decisiva; no es bastante la intención del dador para validar el empeño, también se necesita que el arrendatario tenga el derecho de dar la cosa en empeño. Aquí está el centro de la dificultad. El arrendatario posee un objeto mueble; en virtud de su posesión se presume propietario; puede, pues, transmitir la propiedad de la cosa y, por consecuencia, gravarla con un derecho real. Esto no es dudoso cuando el arrendatario posee como propietario de buena fe; puede invocar la máxima de que en materia de muebles la posesión vale por un título y, por consecuencia, el dador también puede prevalecerse de ella. Hasta aquí no hay ninguna duda, pero ¿qué se debe decidir si el arrendatario no posee como propietario? ¿La tiene prestada, es depositario, inquilino; el prestamista, el depositante, el dador, tienen contra él una acción personal que el poseedor no puede rechazar por la máxima de que en materia de muebles la po-

sesión vale título. Luego en principio los propietarios pueden reclamar la restitución de los objetos prestados, arrendados ó depositados. Hé aquí una dificultad entre el privilegio y el derecho del propietario; ¿cuál prevalecerá?

Pothier enseña que el privilegio prevalece á la propiedad, pero los motivos que da prueban que se halla comprometido para justificar su doctrina. Supone que un tapicero arrienda unos muebles al arrendatario; si el propietario de la casa embargara los muebles el tapicero no puede hacer que se los devuelva sino con cargo de pagar las rentas. Pothier se funda en que al entregar el tapicero los muebles á un arrendatario se le considera como haber consentido en que estuvieran obligados al pago de las rentas. Hé aquí un consentimiento presumido que es difícil de admitir, pues sólo el legislador puede establecer presunciones que despojen al propietario de su derecho. Pothier mismo no parece tener gran confianza en su argumentación porque busca un apoyo en el texto de las costumbres que se habían interpretado en este sentido; pero el argumento *a contrario* que se deducía no tiene valor, puesto que el texto de las costumbres no es el del Código Civil. Todo lo que se puede decir es que siendo tradicional el privilegio del dador se le debe interpretar por el código tradicional. Hay una disposición terminante del Código que consagra esta interpretación: «Cuando un *cheptel*, dice el art. 1813, se da al arrendatario ajeno debe notificarse al propietario de quien depende este arrendatario, si no este propietario puede embargar y venderlo por lo que le debe su arrendatario.» Lo que el artículo 1813 dice de los animales dados en arrendamiento debe extenderse por identidad de razones á todas las cosas que el arrendatario de una cosa recibe á título de arrendamiento y por analogía á los objetos prestados y depositados. (1)

1 Durantón, t. XIX, p. 111, núm. 86 y la mayor parte de los autores. Pont sigue la doctrina de Pothier (Del arrendamiento, núm. 243), t. I, p. 88, número 122. Compárese Bruselas, 7 de Junio de 1837 (Pasierisia, 1847, 2, 128).

Falta dar un motivo jurídico á la doctrina tradicional. Durantón cree que lo mejor que puede decirse es que hay culpa ó imprudencia por parte del propietario de los efectos muebles en haberlos confiado á un locatario cuya solvencia no era segura. Esta razón es peor que la de Pothier; ¿la imprudencia del propietario de los muebles puede autorizar al locatario á comprometer cosas que no le pertenecen para el pago de sus rentas? Nos parece que el artículo 2279 ministra un motivo jurídico. Aquel que posee un objeto mueble á título de propietario adquiere su propiedad si es de buena fe. Si se puede adquirir la propiedad de un objeto mueble por la posesión de buena fe también se puede adquirir un derecho real en un objeto mueble que se posee de buena fe; y el dador tiene un derecho real en las cosas que se hallan en el local arrendado; lo tiene á título de empeño porque no hay empeño sin posesión. Es el arrendatario quien los empeña recibéndolos en su casa; poco importa que no sea propietario, pero la propiedad de los objetos muebles se adquiere por el adquirente aunque el vendedor no sea propietario; así como el dador adquiere su derecho real en los muebles que posee por intermedio del arrendatario, aunque otros muebles no sean suyos, basta que el dador posea de buena fe. En esta teoría es indiferente que el arrendatario sepa que los muebles no le pertenecen; es aún más indiferente que el propietario de los objetos muebles tenga una acción de restitución; no es necesario presumir, con Pothier, que consiente en que los muebles sirvan de prenda al dador, pues no es el propietario de los efectos quien los empeña, es el arrendatario; todo pasa entre éste y el dador del inmueble; y en estas relaciones se puede aplicar el principio de que en cuanto á muebles la posesión vale título. (1)

1 Valette. De los Privilegios, p. 60, núm. 56. Besangón, 26 Julio de 1876 (Dalloz, 1877, 2, 39). La Corte ha sentenciado que el dador de una casa en la

418. Esta teoría explica también la condición que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que el dador tenga un privilegio en los efectos muebles que no pertenecen al arrendatario. Tiene que ser de buena fe; es decir, que debe ignorar que estos efectos son propiedad de un tercero; si lo sabe no tendrá privilegio. ¿Cuál es el motivo de esta condición? En la teoría de Pothier no tiene razón de ser. Si el tercero propietario consiente en gravar los muebles con el privilegio del dador no puede ya tratarse de buena fe de éste; no hay mala fe en recibir en prenda objetos que pertenecen á un tercero con el consentimiento de dicho tercero. La condición tampoco se aplica al sistema de Duranton: ¿qué importa la buena fe del dador si la imprudencia del tercero es el fundamento del derecho de prenda? A decir verdad esta explicación nada explica.

Hay otra doctrina que explica todo por la buena fe del dador; al ver muebles en posesión del locatario, se dice, debió creer que éste era propietario de ellos; contó con estos muebles y no se pueden sustraer á su derecho de prenda sin engañar su legítima esperanza. Esta razón del privilegio falta cuando el dador sabía que los muebles no pertenecían á su locatario. (1) La explicación es igualmente insuficiente. La buena fe del dador no puede dar al arrendatario el derecho de constituir un privilegio en cosas que no le pertenecen, así como la buena fe del vendedor no basta para transferir la propiedad al comprador. Pero, según el principio del art. 2279, la buena fe del comprador puede ser opuesta al propietario que reivindica la cosa contra el poseedor; y este principio es también aplicable á los desmembramientos de la propiedad inmueble. Si el comprador es de mala fe no puede rechazar la reivindicación por la máxi-

que el locatario tiene un taller de imprenta tiene privilegios en el metal de las plantas aunque el editor sea propietario de ellas.

1 Martou, t. II, p. 104, núm. 411.

ma de que en cuanto á muebles la posesión vale título. Así mismo aquel que posee una cosa mueble en virtud de un derecho real no puede prevalecerse de su posesión contra el propietario cuando sabía que la cosa no pertenecía á aquel que le concedió el derecho real. (1)

419. La aplicación del principio ha suscitado dificultades. Si el dador ignoró siempre qué objetos fuesen propiedad de un tercero hasta que éste se oponga al ejercicio del privilegio el derecho del dador no es dudoso. Pero si cuando el transporte de los objetos en la casa arrendada ignoraba que fueran propiedad de un tercero y que después llega á saber que no son propiedad del arrendatario ¿podrá no obstante ejercer su privilegio? La solución depende de la interpretación que se hace del principio del art. 2279. Si se admite con la opinión general que el poseedor de buena fe se convierte en propietario por la toma de posesión de la cosa, y que una vez vuelto propietario conserva esta propiedad aunque dejara de tener buena fe la solución no es dudosa. El dador adquiere un derecho real en los muebles que el arrendatario lleva en la casa arrendada, suponiendo que tendrá buena fe en aquel momento, conservará este derecho aunque llegara á saber más tarde que los objetos gravados por su privilegio no pertenecen al arrendatario. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por esta opinión. (2) Volveremos á esta cuestión en el título *De la Prescripción*.

420. El dador que sabe que tales muebles no pertenecen al arrendatario no puede ejercer su privilegio en dichos muebles. Para que se le considere saberlo ¿es necesario que el dueño de los muebles le haya dado á conocer sus dere-

1 Valette, De los Privilegios, p. 61, núm. 56.

2 Martou, t. II, p. 105, núm. 413. Pont (t. I, p. 84, núm. 119) hace una restricción que los Sres. Aubry y Rau han tenido razón en desechar (t. III, p. 142, nota 23). Compárese Mourlon, Examen, t. I, p. 245, núm. 83. Hay una sentencia de la Corte de Lijaja de 8 de Abril de 1865 (Pasicrisia, 1865, 2, 254) en el sentido de la opinión general.

chos por una notificación? En principio la negativa nos parece segura. Se trata de saber si un poseedor es de buena fe (núm. 418), y la buena fe es una cuestión de hecho. Es seguro que en el caso de venta de un mueble el comprador es de mala fe si sabe, no importa por qué conducto, que su vendedor no es propietario de la cosa que vende. Y el dador invoca, así como el comprador, la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; se le debe, pues, aplicar el principio que rige la buena fe. (1)

La cuestión está, sin embargo, controvertida. El último autor que escribió acerca de esta difícil materia de los privilegios, M. Pont, enseña que no hay principio absoluto en nuestro caso, que todo se halla en las circunstancias; y entendiéndose por esto que si el conocimiento cualquiera que tuvo el dador deja suponer que renunció al empeño no se puede exigir que el propietario de los muebles le haya hecho una notificación previa; pero fuera de este caso esta notificación es una necesidad porque es el único medio de probar de un modo previo que el dador tuvo conocimiento del estado real de las cosas. (2) Creemos que esto es presentar mal la cuestión y resolverla mal. No se trata de saber si el dador renuncia ó no su privilegio; el conocimiento que tiene por una vía cualquiera de que los muebles no pertenecen al arrendatario lo constituye de mala fe, y esta mala fe impide que nazca el privilegio. Hay, pues, que apartar toda idea de renuncia. En cuanto á la cuestión de prueba la decisión es muy sencilla, como lo vamos á decir. Se aplica el derecho común por sólo que la ley no lo deroga. ¿Será que el derecho marque que el poseedor de mala fe tiene que probarse por notificación? Debe decirse, al contrario, que el intérprete no tiene derecho de exigir una notificación por sólo que la ley no la exige.

1 Martou, t. II, p. 105, núm. 415. Aubry y Rau, t. III, p. 142, nota 22, párr. fo 261.

2 Pont, t. I, p. 89, núm. 122.

La jurisprudencia está dividida y es poco precisa. Hay sentencias en favor de la opinión que enseñamos, que es la que generalmente siguen los autores. (1) Otras sentencias exigen que el propietario de las cosas muebles dé á conocer sus títulos y derechos al dador, sin decir cómo debe hacerse esto y sin motivar la condición. (2) Unas decisiones no motivadas no tienen ninguna autoridad. En fin, hay una sentencia de la Corte de Bruselas que exige terminantemente una notificación. (3) Martou dice que esta resolución es viciosa en todos sus puntos. La Corte sienta en principio que consintiendo el propietario de los muebles en que se lleven al lugar arrendado se presume por esto mismo consentir en que los muebles queden afectos á la prenda del dador. Muchas veces hemos apartado las presunciones que los intérpretes imaginan para la necesidad de la causa, porque no hay presunción sin ley. En el caso la presunción no tiene razón de ser, no hay ninguna relación entre el propietario de los muebles y el dador; no es el propietario quien les entrega su prenda, es el arrendatario del inmueble; mejor dicho, es la ley. Para que se pudiera admitir que el propietario de los muebles los gravara con un derecho de prenda en favor del dador tendría que intervenir una convención entre aquél y el dador; ¿y se presume una convención? Después de haber creado una presunción la Corte añade que esta presunción admite prueba contraria. Sin duda, pero ¿cuál es la prueba contraria admitida en materia de presunción? Es cualquiera prueba legal. Según la Corte de Bruselas se necesitaría una notificación porque la ley la exige en el caso del *cheptel* previsto por el artículo 1813. Esto es también argüir mal; de que en caso espe-

1 Bruselas, 18 de Junio de 1850 (Pasicrisia, 1850, 2, 26).

2 Douai, 19 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 34). Lieja, 22 de Julio de 1851 (Pasicrisia, 1851, 2, 317).

3 Bruselas, 11 de Noviembre de 1836 (Pasicrisia, 1836, 2, 239). Compárese Lieja, 8 de Abril de 1865 (Pasicrisia, 1865, 2, 154).

cial la ley exige una notificación no se puede concluir que una notificación sea siempre necesaria para probar la mala fe. El art. 23 de la Ley Hipotecaria, que la Corte invoca, prueba más bien lo contrario, puesto que se conforma con el conocimiento que el vendedor da al dador. Volveremos á esta disposición, que es igualmente especial, puesto que el vendedor no es ya propietario de los objetos en el momento en que éstos se llevan á casa del arrendatario. Todo lo que resulta de los textos es que hay casos en que la ley quiere que el propietario de los muebles dé á conocer sus derechos al dador, y hasta exija una notificación; y la doctrina y la jurisprudencia hasta deciden que en el caso del art. 1813 la notificación no es de rigor. (1) El principio, tal cual lo hemos establecido, queda, pues, en pie; ninguna notificación está requerida para constituir al dador de mala fe.

421. ¿Cómo se probará la mala fe del dador? Contestaremos que según el derecho común, puesto que la ley no prevee siquiera la dificultad; y en el silencio de la ley son los principios generales los que reciben su aplicación. No pudiera haber dudas acerca de estos principios. Es el propietario de los muebles quien demanda y quien tiene que probar que el dador sabía que dichos muebles no pertenecían á su arrendatario. ¿Debe probar esto por escrito? No, pues ninguna convención intervino entre él y el dador. La mala fe de este último es, pues, un simple hecho que se prueba por testigos y por presunciones, cualquiera que sea el valor del litigio. La doctrina (2) y la jurisprudencia están en este sentido. (3)

422. Pothier hace observar que hay muebles que no gravan con el privilegio del dador aunque por su naturale-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 142 nota 22, pfo. 261. Compárese el t. XXVI de estos Principios, núm. 103.

2 Valette, p. 62, núm. 56. Martou, t. II, p. 107, núms. 415 y 416.

3 Aix, 30 de Marzo de 1865 [Dalloz, 1866, 2, 9].

za estén en el local arrendado. Hemos dicho que las materias primas y los productos fabricados son muebles de los talleres y fábricas. Esto supone que pertenecen al arrendatario; si es un tercero quien los envió al obrero ó al fabricante para ser manufacturados no quedan gravados por el privilegio. Pothier lo hace notar: «La ropa, dice, que se da á una lavandera para lavarla, el género que se entrega á un sastre para hacer un vestido, los relojes que se dan á un relojero para componerlos, los libros que se dan á un encuadernador para encuadernarlos, y otras cosas semejantes, no se consideran como muebles de la casa de estas personas y no responden por las rentas que estas personas deben.» (1) La doctrina y la jurisprudencia están acordes en este punto. (2) Queda por saber cuál es la razón para decidir.

En nuestro concepto esto es la aplicación del principio que acabamos de establecer; el privilegio del dador no versa en los muebles que el dador sabe no pertenecen al arrendatario. ¿Cómo probar que lo sabe? Por medio de todas las pruebas legales, aun las presunciones. Y el dador conoce la profesión del arrendatario y sabe que por razón de su oficio recibe muebles para componerlos ó manufacturarlos; sabe que estos objetos no le pertenecen; desde luego, no pueden ser objeto de privilegio. Hay que entender en este sentido lo que dice M. Valette: el conocimiento que el arrendatario tiene del derecho de los terceros *se presume* para con los objetos muebles cuya interdicción en la cosa arrendada se explica por la profesión del locatario. (3) No es que exista una presunción legal, pero las presunciones del

1 Pothier, Del arrendamiento, núm. 245.

2 Durantón, t. XIX, p. 107, núm. 82 y todos los autores. Véanse las sentencias citadas más adelante.

3 Valette, De los Privilegios, p. 62, núm. 56. Compárese Martou, t. II, página 108, núm. 417.

hombre están admitidas para probar la mala fe del dador, puesto que la prueba testimonial también está admitida.

Es, pues, explicarse de un modo muy absoluto decir que el privilegio del dador no grava los objetos que sólo fueron entregados al arrendatario por razón de la industria de éste y sólo para ser manufacturados ó compuestos. Hay que añadir una condición: es que el propietario lo sepa ó que no haya podido ignorarlo por las circunstancias y la naturaleza de la industria. Si Póthier no menciona esta condición es porque en los casos que cita la duda no es posible; el dador no puede contar, para la seguridad de sus rentas, con objetos que sólo pasan por las manos de aquel á quien se confían; la ropa sólo está en casa de la lavandera para ser lavada; luego que lo está la obrera la devuelve á quien se la entregó; la profesión del arrendatario ministra aquí la prueba de que el dador supo que los objetos no son de la casa arrendada. Pero la profesión del locatario puede dejar una duda; en este caso es necesario que esté probado que el propietario sabía que los objetos litigiosos sólo se encontraban en casa del arrendatario para ser manufacturados. Ya hemos encontrado la dificultad al exponer la jurisprudencia.

En un caso sentenciado por la Corte de París se trataba de saber si el dador de un molino tenía privilegio en las harinas que los terceros daban al locatario para ser molidas. En principio la negativa es segura; si el dador tiene un privilegio en las cosas que se encuentran en el local arrendado es, dice la Corte, porque estos objetos se presumen ser del arrendatario; de donde se sigue que el privilegio tiene que cesar cuando el propietario debió saber por la naturaleza misma de la explotación que los objetos no pertenecían al arrendatario. El principio podría ser formulado de un modo más correcto: el privilegio para todos los objetos que se hallen en la casa aunque no fueran propiedad

del arrendatario, á no ser que el dador sepa que no le pertenecen; la prueba de este conocimiento puede resultar de presunciones abandonadas á la prudencia del magistrado, y la profesión del arrendatario es una de estas presunciones. Hé aquí cuál es el motivo de duda. El arrendamiento prohibía al molinero hacer moliendas ajenas; luego, decía el dador, las harinas que se encuentran en el molino pertenecen al arrendatario. La Corte contesta que la cláusula exorbitante no podía ser opuesta á los terceros; que, por consiguiente, los dueños de las harinas estaban admitidos á hacer valer sus derechos de propiedad. (1)

La Corte de Casación aplicó el principio al caso en que unos terceros entregaban á un fabricante pacas de algodón para ser convertidas en hilo. Dice también de un modo absoluto que el privilegio del dador sólo se aplica á los objetos que pertenecen al arrendatario. Pero es verdad decir, como la Corte lo añade, que el privilegio no alcanza á los objetos manipulados, manufacturados ó remendados por cuenta ajena con materias entregadas por terceros en las fábricas ó talleres destinados á estos usos y en los que el público tiene la costumbre de convertir las materias primas en nuevas cosas. Y en el caso constaba que las pacas de algodón embargadas por el dador pertenecían á un tercero, quien las había entregado para ser convertidas en hilo, así como generalmente se practicaba en dicha fábrica para todo el mundo. (2)

Una sentencia reciente de la Corte de Casación decidió la dificultad de principio. La Corte recuerda desde luego que el privilegio del dador grava los muebles que hay en casa, aunque pertenezcan á terceros. Para apartar al dador no basta que los muebles hayan sido entregados al arrendata-

1 París, 13 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 34).

2 Denegada, 22 de Julio de 1823 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 249).

rio por razón de su industria y en vista de un empleo ó de un uso determinado; es necesario, además, que resulte de las circunstancias ó de la misma naturaleza de esta industria que el dador tenga conocimiento de ello ó no haya podido ignorarlo. En el caso el arrendatario era un sastre que, á diferencia de la mayor parte de los sastres en las grandes poblaciones, no ponía el paño, se limitaba á la hechura que sus clientes le encargaban. El dador no había sido informado de esta situación excepcional; las piezas de paño que se entregaban al arrendatario figuraban en su tienda como si le pertenecieran; estaban, pues, en el local arrendado. Desde luego estos objetos estaban gravados por el privilegio. No era este el caso de aplicar la excepción tradiaional, puesto que el dador ignoraba que estos objetos litigiosos no pertenecían al arrendatario. (1) Se prevalecieron en este negocio de una sentencia de la Corte de Casación que decide que las mercancías consignadas á un comisionista no están gravadas por el privilegio. (2) El caso es muy diferente del que acabamos de relatar. Siendo el arrendatario comisionista los efectos consignados no podían pertenecerle; estaba comprobado que el dador tenía conocimiento de este hecho.

423. La cuestión de saber si estos principios se aplican á las mercancías de un expeditor que se encuentran á título de depósito ó de consignación en el almacén de un comisionista fué llevada varias veces ante la Corte de Casación. Se decía que el tercero propietario debía probar que el dador sabía que las mercancías no pertenecían al arrendatario. Sin duda. Pero se trata de saber cómo se hace esta prueba; la sentencia atacada se fundaba en la notoriedad pública y en las circunstancias de la causa; es decir, en pre-

1 Denegada, 17 de Marzo de 1873, por informe de Guillemard (Daloz, 1874, 1, 442). Compárese Lieja, 14 de Junio de 1876 (Pasicrisia, 1876, 2, 373).

2 Denegada, 13 de Agosto de 1872 (Daloz, 1872, 1, 466).

sunciones del hombre; lo que era muy jurídico, puesto que se trataba de probar un simple hecho. (1)

Hay, sin embargo, un motivo de duda que el recurso hizo valer en un caso más reciente. La Corte desechó el recurso por dos motivos. Primero, porque el privilegio del dador no versa sobre los objetos colocados en casa del arrendatario, no para permanecer en ella sino provisionalmente, como las mercancías que se depositan en casa de un comisionista. Además, porque no hay lugar al privilegio en el caso en el que el dador sabe que los objetos muebles que están en el local arrendado no pertenecen al arrendatario; y el dador sabía que las mercancías en las que pretendía ejercer su privilegio eran mercancías depositadas. El recurso objetaba que había una diferencia esencial entre el comisionista y cualquier otro depositario; el comisionista, obrando en su propio nombre, puede disponer de las mercancías; por tanto, es propietario de ellas para con los terceros. Lo que permitía afectarlas á la prenda del dador. La Corte contesta que el hecho de almacenar mercancías no es por sí un acto de disposición; que desde luego quedan bajo el imperio del principio que subtrae al privilegio las cosas de que no es propietario el arrendatario; y el comisionista no es propietario, el nombre que lleva lo prueba. (2)

Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Paris; exige, para que las mercancías depositadas en casa del comisionista no estén gravadas del privilegio, que los expedidores hayan hecho una declaración, es decir, una notificación por diligenciario, diciendo que entienden substraer las mercancías al privilegio del dador. (3)

¿Si se preguntara á la Corte qué ley exige esta condición?

1 Denegada, Sala Civil, 21 de Marzo 1826 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 258).

2 Denegada, 13 de Agosto de 1872 (Daloz, 1872, 1, 466).

3 Paris, 5 de Mayo 1828 [Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 260, 1.º].

¿Pertenece al juez establecer condiciones y hacer la ley? Creemos inútil insistir, puesto que la sentencia no está motivada.

424. Hemos supuesto hasta aquí que los objetos muebles que se encuentran en casa del arrendatario no le pertenecen y que están substraídos al privilegio por motivo de que el dador sabe que el arrendatario no es propietario de ellos. Puede suceder que el arrendatario sea propietario, pero con cargo de un privilegio; tal es el caso en que los objetos están vendidos y no pagados. El conflicto se suscita entonces no entre el dador y el propietario sino entre dos acreedores privilegiados: ¿quién prevalecerá, el vendedor ó el dador? El art. 23 decide la cuestión, á la que volveremos al tratarse del lugar de los privilegios.

425. La doctrina que acabamos de exponer liga el privilegio del dador al principio del art. 2279 (núm. 418). Hay, pues, que aplicar al privilegio del dador lo que dice este artículo del tercero adquirente de una cosa robada ó perdida. El propietario puede reivindicar contra todo tercero adquirente de buena fe. Por identidad de razón el propietario debe tener el derecho de reivindicar su cosa contra un tercero poseedor de buena fe que opone su privilegio al propietario: el privilegio no puede establecerse en una cosa robada ó perdida, puesto que el propietario puede reivindicarla durante tres años; y si la reivindica el derecho de propiedad prevalece al privilegio. La situación del tercero adquirente es singular: como comprador es propietario, pero expuesto á la acción de reivindicación durante tres años; no puede, pues, hacer actos de disposición en perjuicio del propietario de la cosa robada ó perdida; si la vuelve á vender el propietario despojado conserva su derecho de reivindicarla; con más razón el propietario puede hacer valer su derecho contra un simple acreedor privilegiado. (1)

1 Durantón, t. XIX, p. 106, núm. 31 y todos los autores.

III. De los objetos que pertenecen al subarrendatario.

426. ¿Puede el dador ejercer su privilegio en el mobiliario del subarrendatario? Según el art. 820 del Código de Procedimientos las cosas del subarrendatario pueden ser embargadas como prenda para pagar las rentas que el arrendatario debe. El embargo es el preliminar del ejercicio del privilegio (Código de Procedimientos, art. 819); y si el dador tiene el derecho de embargar las cosas del subarrendatario es porque estas cosas están gravadas por el privilegio. Hay, sin embargo, una anomalía en esto, y no es la única que se encuentra en esta materia difícil del subarrendamiento. El privilegio del dador descansa en un empeño tácito, luego en una convención que la ley supone y que interviene entre el dador y su acreedor, y el subarrendamiento se hace entre el arrendatario y el subarrendatario; este debe garantizar los derechos de su dador amueblando el local arrendado con lo bastante para asegurar el pago de la renta; el privilegio pertenece, pues, al arrendatario principal, no pertenece al dador primitivo; éste no contrae con el subarrendatario, y donde no hay ninguna convención no puede tratarse de un empeño tácito. Traducimos, en cuanto á la dificultad de principio, al título *Del Arrendamiento* (t. XXV, núms. 200-203). Los textos no dejan ninguna duda. Según el art. 1753 el subarrendatario está obligado para con el propietario hasta concurrencia del precio del subarrendamiento en el momento del embargo, y sin que pueda oponer pagos hechos adelantados. El subarrendatario está, pues, obligado hacia el dador principal en los muebles que tiene en el local arrendado y que son de su propiedad. Hay, en virtud de la ley, empeño tácito en favor del dador principal, aunque ninguna convención exista entre él y el subarrendatario; sólo que esta prenda está limitada, el dador no puede hacerla valer más que hasta con-

enrrenencia de lo que debe el subarrendatario al subdador en el momento del embargo. (1)

427. La situación compleja del dador privilegiado y del subarrendatario ha levantado algunas dudas en la aplicación del principio, dificultades que son más bien de teoría que de práctica, pues la decisión no es muy dudosa. Se dice en el acta de un arrendamiento que el arrendatario podrá subarrendar y ceder su contrato y aun vender su establecimiento de comercio; el arrendatario usa de este derecho; ¿se pregunta si el dador conserva su privilegio en los muebles que pone en el lugar arrendado al subarrendatario? El mobiliario no es ya propiedad del arrendatario primitivo vuelto subdador, pertenece al sublocatario y queda gravado por el privilegio del subdador. Debe pues, decirse que el dador primitivo no tiene acción en el mobiliario más que en los límites de lo que debe el subarrendatario. La Corte de París ha sentenciado que el dador principal conservaba su privilegio en el mobiliario vendido porque el arrendatario no pudo venderlo más que con el gravamen de privilegio que tenía. (2) Esto no nos parece exacto. El privilegio mobiliario no afecta á los muebles, como la hipoteca con el inmueble; así el acreedor privilegiado no tiene en principio el derecho de persecución. Si la ley permite al dador reivindicar los objetos muebles es cuando el arrendatario los desplaza sin su consentimiento, y en el caso no se trata de reivindicación, el fundo de comercio había sido vendido con consentimiento del dador; desde luego éste no podría ya tener un privilegio en muebles que ya no pertenecían á su arrendatario.

1 Denegada, 2 de Abril de 1806 (Dalloz, en la palabra Arrendamiento, número 430, l. 1.º).

2 París, 28 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 240). Compárese Amiéns, 10 de Abril de 1839 (Dalloz, en la palabra Arrendamiento, núm. 430, l. 1.º).

IV. De los frutos.

428. Según el art. 20 (Código Civil, art. 2102, el privilegio del dador versa en los frutos de la cosecha del año. ¿Debe inducirse de ello que el privilegio no grava los frutos de los años anteriores? Nó, seguramente; estos frutos están comprendidos en esta expresión de la ley: *todo lo que hay en la granja*, pues la finca está destinada á recibir los frutos, como la casa está destinada á recibir los muebles. Se puede, pues, aplicar á los frutos cosechados lo que la ley dice de los objetos muebles que están en el local arrendado; en las explotaciones rurales el dador debe contar con la garantía que le dan las cosechas y el arrendatario está interesado en dársela. Hay además la consideración que ya hemos hecho valer en favor del propietario: es que los frutos son producidos por su cosa; es, pues, justo que en estos frutos se le prefiera á los demás acreedores. Esta consideración se aplica á los frutos en general, á las cosechas de los últimos años tanto como á la del año corriente. No hay por qué distinguir si los frutos están entrojados ó si están en arcinas, siempre que se hallen en la finca. (1)

Si los frutos como tales están gravados por el privilegio ¿por qué la ley sólo habla de los frutos de la cosecha del año? Se dice que la ley supone que los frutos de los años precedentes fueron vendidos. La explicación es insuficiente. Se entiende que el privilegio no versa en frutos vendidos, puesto que el arrendatario tiene el derecho de venderlos, como lo diremos más adelante, sin que el dador pueda reivindicarlos. En nuestro concepto la ley entiende por cosecha del año los frutos pendientes en ramos y raíces; es seguro que los frutos sin cosechar están gravados por el pri-

1 Martou, Comentario; t. II, p. 113, núm. 425. Durantón, t. XIX, p. 94, número 73 y p. 100, núm. 77.

vilegio; sin embargo, si la ley no lo hubiera dicho se hubiera podido contestarlo. Cuando se trata de privilegio no hay nunca que perder de vista que la ley supone un deudor en quiebra civil ó mercantil y el concurso de los acreedores; el dador se presenta para ejercer su privilegio. ¿En qué frutos lo ejercerá? Tal es la cuestión á la que responde el artículo 20 (Código Civil, art. 2102). Hay frutos cosechados, ¿están gravados del privilegio? Sí, y sin duda alguna, puesto que están en la finca. Por esto es que la ley nada dice de ellos. ¿Versa el privilegio en los frutos en pie? Esto parece dudoso. En efecto, los frutos en pie pertenecen al propietario como accesorio del suelo y son inmuebles, por lo tanto. ¿No puede concluirse de esto que estos frutos son con el fundo de que están apegados la garantía de los acreedores hipotecarios que tienen gravada la finca? Había, pues, conflicto entre el acreedor hipotecario y el dador; la ley lo zanja pronunciándose por el propietario, lo que es lógico en el sistema del Código. Cuando un privilegio está en conflicto con la hipoteca la ley da la preferencia al acreedor privilegiado por razón de la calidad de su crédito (artículo 12).

429. En nuestra opinión no hay ninguna diferencia entre el privilegio que versa en la cosecha del año y el que se refiere á las cosechas de los años anteriores. El fundamento del privilegio es el mismo en ambos casos; no hay, pues, distinción que hacer. Por esto no hay nada en nuestros textos que implique la menor diferencia entre ambas hipótesis. La ley no menciona los frutos de las cosechas anteriores, permanecen bajo el imperio del derecho común. ¿Sucede de otro modo con la cosecha del año? No, pues la ley pone los frutos en la misma línea que los objetos muebles que se hallan en la finca; el principio es, pues, idéntico apesar de la diferencia de los objetos que están gravados por el privilegio.

No es así como se interpreta la ley en la opinión general. Se establece una diferencia entre los frutos de la cosecha del año y los frutos de las cosechas anteriores. Desde luego se admite una diferencia en cuanto al fundamento del privilegio en ambas hipótesis. Los frutos del año están gravados con el privilegio á título de frutos, mientras que los de las anteriores cosechas se confunden con las cosas que están en la finca. No es una cuestión de palabra. El privilegio que grava los frutos que están en la finca procede enteramente de la idea de empeño; el privilegio que se refiere á los frutos del año procede más particularmente de la idea de propiedad; estos frutos, producidos por la cosa del propietario, eran suyos; los transmitió al arrendatario sólo bajo condición del pago de las rentas que son la representación de los frutos; retiene, pues, la propiedad si la condición falta. Hemos relatado literalmente las palabras del Sr. Pont, quien sólo formuló la opinión general. (1) Antes de exponer las consecuencias que derivan del principio hay que apreciar el mismo principio; en nuestro concepto no tiene ningún apoyo en los textos ni en el espíritu de la ley. En cuanto á los textos esto es evidente, puesto que no hay una sola palabra en el art. 20 (Código Civil, art. 2102) que implique ó deje sospechar una distinción entre los frutos del año y los demás frutos. En cuanto al espíritu de la ley está en oposición con la teoría que acabamos de exponer. Mejor dicho, esta teoría es falsa, contradictoria en sus términos. El propietario retiene, se dice, su derecho de propiedad en los frutos cuando el arrendatario no paga las rentas, y es cuando el arrendatario está en quiebra cuando el dador se presenta armado con su privilegio, pues es un privilegio el que ejerce y no un derecho de propiedad. En la opinión que combatimos se llega á esta consecuencia imposible, absurda: que un propietario ejerce un privilegio en su propia co-

1 Pont, t. I, p. 67, núm. 92.

sa. Aceptemos por un momento esta extraña teoría y veamos si tiene razón para distinguir entre los frutos del año y las demás cosechas. ¿Acaso cambian los frutos de naturaleza después del primer año? ¿No son por su esencia un producto de la finca? Y si el propietario los retiene cuando el arrendatario no paga ¿deja de retenerlos después que ha pasado el año de la cosecha? Estas cuestiones no tienen sentido y las respuestas no lo tienen tampoco. Dejemos, pues, una doctrina que sólo tiene palabras y volvamos á la realidad de las cosas y á los verdaderos principios. Hay una razón especial que explica el privilegio del dador en los frutos: es porque éstos son producidos por su fundo y que con ellos enriquece á la masa (núm. 379). Este motivo se aplica á todos los frutos, á los que están en la finca tanto como á los frutos del año. Una vez más esto es de evidencia. Luego en el espíritu de la ley como en el texto se busca en vano un motivo que justifique la distinción que se hace en la común opinión entre los frutos del año y los demás frutos. En cuanto á los que están en pie esto no pudiera ser contestado. ¿Dónde está la diferencia entre los frutos que están en arcina ó entrojados en Agosto y los mismos que se encuentran en la finca en el mes de Octubre ó Noviembre? En cualquiera hipótesis están en la finca, y mientras están pegados al suelo ¿no están en ella? Así es que ya sea que se apague uno á la idea de propiedad, ya á la idea de muebles, no se llega á ver la razón de la diferencia que los intérpretes hacen entre los frutos del año y los demás frutos, y si es intangible es porque la distinción es quimérica.

430. Llegamos á las consecuencias que se derivan de la teoría que creemos deber combatir. Las consecuencias testifican contra el principio, pues son tan irracionales como él. Los frutos del año están gravados con el privilegio, se dice, aunque no estén en la finca; mientras que los frutos de los demás años no lo están más que cuando se encuen-

tran en ella; es decir, cuando están dentro de la finca ó construcción que depende de ella. No sucede así cuando se trata de los frutos del año; están gravados por el privilegio del dador aunque estuvieran colocados fuera de las construcciones de la finca. (1) Preguntamos cuál es el texto, cuál es el principio, en que descansa esta distinción. El texto enumera, es verdad, separadamente los frutos de la cosecha del año y los muebles que se hallan en la finca: ¿esta enumeración separada implica un principio diferente? Nó, y la continuación del texto lo prueba otra vez hasta la evidencia. Hay una tercera categoría de objetos que están gravados por el privilegio del dador, esto es todo lo que sirve á la explotación de la finca; si los frutos no la *amueblan* en el sentido legal de la palabra porque la ley las distingue de lo que *amuebla la finca* hay que decir otro tanto de lo que *sirve para la explotación de la finca*, pues la ley distingue también estos objetos muebles de los que amueblan. Hé aquí lo que se hace decir al texto: los utensilios aratorios, los animales que el arrendatario destina al cultivo, no amueblan la finca; luego no están gravados por el privilegio aunque se encuentren en la finca. Consecuencia absurda que nadie admite; esto testifica contra el principio y, cuando menos, no se puede decir que resulte del texto.

Si se consulta el espíritu de la ley ¿hay que distinguir entre los frutos del año y los frutos de los años precedentes en lo que se refiere á la condición requerida para el ejercicio del privilegio? Ya hemos oído á Grenier, el Orador del Tribunado (núm. 379); dice que el privilegio descansa en un empeño tácito, y el derecho de empeño es inseparable de la posesión de las cosas en que se ejerce. Luego los objetos gravados por el privilegio del dador deben encontrarse en la finca, si no el derecho de empeño no se concibe. Esta es

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. III, p. 140, nota 14, 261. Debe agregarse Durantón, t. XIX, p. 93, núm. 76.

la razón por la que el dador puede embargar la prenda gravada del privilegio. ¿Hay á este respecto una diferencia entre los frutos del año y los demás frutos? Se buscaría en vano la razón. Hay además un texto terminante que rechaza toda distinción. El art. 819 del Código de Procedimientos dice que el propietario puede embargar por rentas los efectos y frutos que se hallan en las casas y construcciones rurales y en las tierras. Hé aquí la identificación completa de los frutos que se encuentran en bodegas y los que se hallan en el suelo; lo que se aplica sobre todo á los frutos del año; y todos los frutos están puestos absolutamente en la misma línea que los objetos muebles que están en el local arrendado, todos pueden ser embargados en prenda; todos son, pues, objeto de un empeño; todos quedan sometidos á la misma condición: esto es, que se encuentren en la casa, bodega ó terreno de la finca.

Así los principios y el texto rechazan la distinción que se quiere introducir en la ley. Agreguemos que la distinción no tiene ninguna razón de ser; no se ve por qué lo hubiera establecido el legislador. Son los autores quienes la imaginaron para explicar la enumeración distinta que hace la ley con los frutos del año. Y hasta esta explicación no justifica el texto: la interpretación que hemos propuesto lo justifica y explica á la vez que se armoniza con el espíritu de la ley y con los principios generales del derecho.

431. Se aplican á los frutos los principios que rigen los efectos que amueblan los lugares arrendados; el privilegio del dador grava todos los frutos que se encuentran en el fundo, estén almacenados ó en arcinas, aunque estos frutos no sean todos producidos por la cosa del dador. Sucede amenudo que un arrendatario tiene tierras de dos propietarios diferentes. Según el principio de que el propietario tiene un privilegio en los frutos que nacen en su fundo cada uno de los dadores debería tener un privilegio en los fru-

tos que produjeron sus tierras; pero si el arrendatario almacena todos los frutos indistintamente en bodegas dependientes de una de las fincas el propietario del local en que se encuentran los frutos tendrá en ellos un privilegio, á no ser que sepa cuáles son los frutos que proceden de la finca del otro propietario. Este debe, pues, tener el cuidado de dar á conocer al propietario de la finca en que los frutos de su tierra están colocados que dichos frutos están gravados por su privilegio, ó tiene que reivindicarlos para que se reintegren en las tierras que le pertenecen. La jurisprudencia está en este sentido. (1) Se dijera en vano que el propietario no puede tener privilegio en los frutos que no son el producto de su cosa; se contestaría que su privilegio versa sobre todo lo que amuebla el local arrendado; y los frutos almacenados y los que están en arcinas amueblan la finca; luego están gravados en el privilegio. En nuestra opinión no hay para qué distinguir entre los frutos del año y los demás frutos; desde el momento en que los frutos están en almacén ó puestos en arcinas amueblan la finca en que se hallan; luego están gravados en el privilegio del propietario de dicha finca, salvo la aplicación de los principios que ya tenemos expuestos (núms. 417, 418 y 419). Según estos principios se debe decidir que el dador no puede tener privilegio en los frutos que sabía haber sido producidos por un fundo que no le pertenece. Es verdad que en el caso el arrendatario es propietario de todos los frutos, pero una parte de éstos sólo le pertenece con el gravamen privilegiado del otro propietario. Se pueden, pues, aplicar por analogía los principios que rigen las cosas que no le pertenecen. Si el propietario en el terreno del que los frutos fueron cosechados puede probar que el otro propietario tenía conocimiento de este hecho este último no podrá ejercer su

1 París, 25 de Junio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 353). Poitiers, 30 de Diciembre 1823 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 237).

privilegio en estos frutos, puesto que su mala fe impide que nazca el privilegio. Es en este sentido como deben entenderse las sentencias que obligan al propietario de los frutos á notificar al dador de los terrenos en los que se encuentran almacenados los frutos; esto es una medida de prudencia más bien que una obligación.

432. Debe también aplicarse á los frutos lo que hemos dicho de los muebles que amueblan: el privilegio del dador tiene siempre su fundamento en un derecho de empeño, y el empeño implica la posesión de la cosa gravada para garantía del crédito. El dador conserva, pues, su privilegio en los frutos mientras que el arrendatario los posee; cuando cesa de poseerlos el privilegio cesa. Diremos más adelante que el dador puede reivindicar los frutos si sólo se han desplazado, no los puede reivindicar cuando fueron enajenados ó entregados al comprador. Mientras que los frutos vendidos no han sido entregados el privilegio del dador subsiste aunque ya no pertenezcan al arrendatario; el privilegio es más poderoso en este caso que en el derecho de propiedad. Esto es una consecuencia del principio de que el privilegio del dador es un empeño tácito; el deudor bien puede vender la cosa empeñada, pero no puede quitar al acreedor prendista su derecho en la prenda; asimismo el arrendatario puede vender sus frutos, pero no puede quitar al dador su prenda mientras que la posee, y la posee mientras está en la finca. (1)

433. Fué sentenciado que en caso de venta de los frutos el dador no puede ejercer su privilegio en el precio que se debiera. (2) Esto no es dudoso. Desde el momento en que los frutos están vendidos y entregados el privilegio del dador cesa (núm. 432); se necesitaría una disposición de la ley

1 Durantón, t. XIX, p. 96, núm. 75. Limoges, 26 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).

2 Limoges, 26 Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173).

para transferir el privilegio en el precio por subrogación legal, y ninguna ley consagra la subrogación en este caso. Se ha citado el art. 609 del Código de Procedimientos, según el cual los acreedores por rentas pueden formar oposición en el precio de venta. La Corte de Lyon contesta que la ley supone que el dador ha ejercido su privilegio antes de la venta; una vez consumada ésta por la tradición es imposible que el acreedor ofrezca su privilegio, puesto que está extinguido. (1)

434. ¿El privilegio del dador en los frutos pertenece al propietario que arrienda sus bienes á un colono? Se ha sostenido la negativa fundándose en la naturaleza particular de este arrendamiento que parece enlazarse más con la sociedad que con el arrendamiento. Ya hemos examinado la cuestión de principio en el título que es el sitio de la materia (t. XXV, núms. 477 y 480). En nuestra opinión las medidas son un arrendamiento, lo que hace aplicable el artículo 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20). La equidad y los principios están, seguramente, en favor del propietario; no tiene más garantía que los frutos y no hubiera tratado sin esta prenda. Esto es decir que todos los motivos por los que el privilegio fué establecido, militan en su favor.

Núm. 4. Del derecho de reivindicación.

I. Del desplazamiento de los objetos que amueblan.

435. Según el art. 20 (Código Civil, art. 2102) «el propietario puede embargar los muebles que estén en su casa cuando han sido desplazados sin su consentimiento.» Acabamos de dar un ejemplo de ello para los frutos (núm. 431). El privilegio del dador, teniendo un empeño por fundamen-

1 Lyon, 7 de Febrero de 1836 (Dalloz, en la palabra Privilegios núm. 234. Marteu, Comentario, t. II, p. 114, núm. 427.

to, no puede ejercerse más que á condición de que el dador lo posea, y posee por el intermedio del arrendatario. Este no puede quitar la prenda al propietario cuando se la consintió tácitamente desplazando los objetos que se hallan en el local arrendado; es decir, colocándolos en lugares que no dependan de la casa ó finca que tiene arrendada. Si los quita el propietario debe tener el derecho de embargarlos con el fin de reintegrarlos en el local arrendado.

La ley dice que el propietario tiene derecho de embargar los objetos desplazados. Hay que aplicar al derecho de embargo lo que hemos dicho del privilegio (núm. 382); el privilegio pertenece al dador, pues está concedido al crédito y no al acreedor. Y el embargo no es más que la sanción del privilegio; luego aquel que tiene el derecho de prenda puede conservarlo por el embargo. Sin la reivindicación el derecho del dador sería un empeño imperfecto, pues no es él quien posee directamente, posee un intermedio que puede traicionar su confianza; de esto la necesidad del derecho de embargo.

Debe, además, aplicarse al derecho de embargo lo que hemos dicho de los objetos gravados por el privilegio. El dador ejerce su privilegio en *todo lo que hay* en el local arrendado; luego en los objetos que no pertenecen al arrendatario, siempre que sea de buena fe. Desde luego puede embargar estos objetos cuando el arrendatario los desplaza.

La ley agrega que el propietario no puede embargar los objetos sino cuando el arrendatario los ha desplazado sin su consentimiento. Si consiente en que los objetos que le sirven de prenda estén desplazados renuncia por esto mismo á su garantía, puesto que al abdicar la posesión abdicar su prenda (art. 2076). Volveremos á este punto al tratar del derecho de persecución.

436. Mientras no hay desplazamiento la prenda del dador subsiste. Hay que aplicar á todo lo que amuebla el

local arrendado lo que acabamos de decir de los frutos (núm. 433). El arrendatario puede disponer de los efectos que amueblan, puesto que es propietario de ellos; puede, pues, enajenarlos, gravarlos con derecho real; pero mientras que permanece en posesión el dador conserva su prenda. En vano se diría que en derecho moderno la venta transfiere la propiedad y que todo derecho real queda adquirido independientemente de la tradición no sólo entre las partes sino también para con los terceros. Esto supone que los terceros no tienen un derecho adquirido en la cosa; y el dador tiene un derecho de empeño que es también un derecho real; este derecho no le puede ser quitado mientras posee la cosa, y continúa poseyéndola mientras que la entrega no se haga al comprador. Sólo que debe agregarse que es un empeño imperfecto, puesto que el arrendatario puede enajenar la cosa empeñada; la ley ha venido en auxilio del dador dándole el derecho de persecución, como lo vamos á decir. Por ahora suponemos que los objetos vendidos han sido desplazados; permanecen á disposición del dador y, por consiguiente, éste conserva su privilegio. Lo que decimos del derecho de persecución lo prueba hasta la evidencia; el dador puede perseguir la cosa vendida aun en manos de un adquirente de buena fe. Por identidad de razones hay que decir que conserva su privilegio mientras los objetos no han sido entregados al comprador.

437. El desplazamiento no extingue el privilegio más que cuando el arrendatario lo hace, sólo en este caso necesita el dador el derecho de reivindicación. Si es el síndico de una quiebra el heredero beneficiario ó el curador de una sucesión vacante quienes embargan los objetos muebles para mandarlos vender con objeto de liquidar á la masa el dador conserva su prenda, sin que esté obligado á recurrir á la reivindicación. La Corte de Casación de Bélgica lo

sentenció así, y esto no es dudoso. En caso de quiebra el deudor está desposeído de la administración y de la disposición de sus bienes, y, por su parte, los acreedores no pueden ya obrar individualmente contra el deudor, sus derechos quedan resguardados por la gerencia que la ley confía á los síndicos ó curadores; las vías de ejecución que uno de los acreedores quisiera ejercer serían, pues, á la vez que frustratorias, inútiles, puesto que sería estorbar la acción común de los acreedores representados por su mandatario judicial: inútiles, porque los agentes de la quiebra están encargados de conservar los bienes del quebrado, venderlos y pagar á los acreedores privilegiados con el dinero percibido después de comprobar sus créditos. Sígnese de esto que el dador ni siquiera puede continuar la ejecución que tenía emprendida para llegar á la realización de su derecho; con más razón los procedimientos de los síndicos ó curadores no pueden perjudicar al dador; ni siquiera tendrá el derecho de oponerse al desplazamiento y á la venta de los muebles que se hallan en el local arrendado: la ley proveyó á sus intereses, sólo tiene que dejar obrar á los agentes á quienes éste confió la gerencia de los bienes del quebrado. (1)

II. Del derecho de persecución.

438. El desplazamiento puede hacerse sin que el arrendatario disponga de la cosa; conserva la propiedad y hasta la posesión, pero el dador deja de poseer desde el momento en que los objetos que amueblan no están ya en el lugar arrendado; basta, en este caso, que el dador los embargue con el fin de reintegrarlos en el local arrendado. Esto no es lo que se entiende por derecho de persecución. Los acre-

1 Denegada, 2 de Febrero de 1843 (Pasicrisia, 1843, 2, 117); Bruselas, 13 de Julio de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 231). Aubry y Rau, t. III, p. 150, nota 45, pfo. 261.

dores hipotecarios tienen el derecho de persecución en el sentido de que si el deudor enajena el inmueble afectado á su crédito pueden ejercer la acción hipotecaria contra el tercero detentor; es decir, mandar vender el inmueble hipotecado para que se les pague en el precio de preferencia á los demás acreedores. Este derecho de persecución pertenece también á los acreedores que tienen un privilegio en los inmuebles; no pertenece á los acreedores, que sólo tienen un privilegio en los muebles, no teniendo esta persecución por hipoteca; esta es una antigua máxima del derecho francés que el Código Civil ha consagrado (art. 2119) y que nuestra Ley Hipotecaria ha reproducido (art. 46). Por excepción á este principio el dador tiene el derecho de persecución. El art. 20, es verdad, no habla del derecho de persecución, pero lo admite implícitamente, dando al propietario el derecho de embargo ó de reivindicación en todos los casos en que el arrendatario *desplaza* sin su consentimiento los objetos que amueblan la casa ó la finca; la palabra *desplazar* se entiende de la enajenación como de un simple cambio de lugar. (1) La tradición no deja ninguna duda en este punto.

El dador tiene, pues, el derecho perseguir los objetos que amueblan los lugares arrendados cuando el arrendatario los ha enajenado y hace entrega de ellos al comprador. ¿Tiene este mismo derecho cuando el comprador es de buena fe? La afirmativa está admitida por todos, salvo el disentiendo de Grenier. Este se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 20 (Código Civil, art. 2102) está concebido en términos generales; desde que la cosa está desplazada sin consentimiento del dador éste puede reivindicarla contra el detentor; la ley no exige otra condición, y no está permitido al intérprete agregar ninguna; esto sería

1 Pont, t. I, p. 107, núm. 132, y más adelante el pasaje de Pothier [número 173].

hacer la ley. El motivo por el que la ley ha dado al dador el derecho de persecución confirma la generalidad del texto. El crédito del dador pareció merecer este favor, como lo diremos más adelante; y el favor sería decisivo si el comprador de buena fe pudiera rechazar la acción del acreedor privilegiado; la ley, al querer asegurar el pago de las rentas, debió permitir al propietario embargar los objetos en poder de un tercero detentor de buena fe. Se ha objetado que esto es dar al privilegio, es decir, á un simple derecho real, una fuerza más grande que al de propiedad. El propietario no puede reivindicar contra un tercer poseedor de buena fe, se le rechazaría con la excepción de que en cuanto á muebles la posesión vale título; ¿puede darse á un acreedor privilegiado un derecho que se niega al propietario? La objeción no tiene cuenta alguna de la naturaleza del derecho de persecución. Cuando el acreedor hipotecario persigue el inmueble hipotecado en poder de un tercer detentor poco importa la buena ó mala fe del poseedor; ordinariamente tiene conocimiento de la hipoteca; pero aunque no la conociera no por esto deja de quedar sometido á la acción hipotecaria, como estaba sometido á ella en el derecho antiguo apesar de la clandestinidad de la hipoteca, como también estaba sometido á ella según el Código Civil apesar de la clandestinidad de la hipoteca legal; la razón de decidir es que el que compra un inmueble desmembrado debe sufrir las consecuencias de este desmembramiento de su propiedad. Y al dar al privilegio del dador el derecho de persecución la ley lo asimila á la hipoteca; el dador debe, pues, tener el mismo derecho que el acreedor hipotecario. (1)

439. ¿Por qué da la ley al dador el derecho de persecución y se lo niega á los demás acreedores privilegiados? S: contesta ordinariamente que la ley tuvo que dárselo al

1 Durantón discute largamente la cuestión [t. XIX, p. 137, núm. 100].

dador para hacer eficaz su privilegio. La razón prueba demasiado y, por tanto, no prueba nada; otro tanto podría decirse de todos los privilegios mobiliarios. Pothier da un motivo jurídico que, igualmente, es demasiado general. «Habiendo contraído los muebles, dice, una especie de hipoteca cuando son introducidos en la casa ó la finca el locatario, no poseyéndolos desde entonces más que con cargo de esta especie de hipoteca, no pudo transferirlos á otro más que con este cargo, no pudiendo nadie transferir á otro más derechos de los que tiene en una cosa.» (1) ¿No implica cualquier privilegio una hipoteca? Esto es un solo y mismo derecho; pero hay privilegios que no gozan de todos los derechos de la hipoteca por causa de la máxima tradicional que niega toda persecución á los muebles (art. 46; Código Civil, art. 2119). Vuelve, pues, á presentarse nuestra cuestión. La ley no da el derecho de persecución á los privilegios mobiliarios aunque puedan asimilarse á hipotecas tanto como el privilegio del dador: ¿por qué, pues, esta excepción para el privilegio del propietario?

Se contesta que no es una excepción, que más bien es la aplicación del derecho común. El propietario de un objeto mueble puede reivindicarlo cuando se trata de una cosa que le fué robada; y cuando el arrendatario vende una cosa gravada por el privilegio del dador sin el consentimiento de este lo hace en fraude del privilegio; es, pues, como se decía en el derecho antiguo, una especie de robo ó de hurto de la prenda; luego el dador debe tener el derecho de reivindicación que la ley concede al propietario. (2) Esto es mucho muy absoluto; no se puede asimilar á un robo la venta de un objeto que se halla en el local arrendado, aunque el arrendatario fuera de mala fe; el legislador sólo

1 Pothier, Del Arrendamiento, núm. 261. Compárese Bruselas, 10 de Junio de 1833 (Pasierisia, 1833, 2, 173).

2 Valette, De los Privilegios, ps. 61 y siguientes, núms. 66 y 67.

podía hacer esta asimilación y nada prueba que tal haya sido la mente de los autores del Código Civil. Además el arrendatario que vende puede ser de buena fe, lo que no impide al dador ejercer su derecho de reivindicación.

En definitiva, no conocemos más razón de la diferencia que la ley hace entre el privilegio del dador y los demás privilegios que el favor singular de que goza el crédito del señor de casa ó del señor de granja, como Pothier dice siempre al hablar del dador. ¿No es este favor exagerado? Esto es asunto del legislador, quien aprecia la calidad de los créditos y proporciona, en consecuencia, los derechos que ligan á éstos.

440. ¿Tiene el dador el derecho de reivindicación cuando el mobiliario que amuebla el local arrendado es insuficiente para garantizar el crédito privilegiado? Ya hemos examinado la cuestión en otro lugar (1) (t. XXV, núm. 425).

441. La ley permite al dador *reivindicar* los objetos que están en su casa ó en su finca. La palabra *reivindicación* de que se sirve la ley no debe ser tomada aquí en un sentido usual. Reivindicar es ejercer el derecho de propiedad; el propietario sólo puede reivindicar; y el dador no es seguramente propietario de los objetos que amueblan su casa ó su finca. Lo que la ley llama *reivindicación* es un embargo cuyo objeto es no devolver al dador un derecho de propiedad que nunca tuvo sino volverlo á la posesión de las cosas enajenadas con el fin de conservar su privilegio, como lo dice el art. 20. Si la ley da el nombre de *reivindicación* á este embargo es porque el dador tiene un derecho real en la cosa; es decir, un desmembramiento de la propiedad; ejerce, pues, un derecho análogo al del propietario; y como nuestra lengua francesa no tiene término técnico para designar la acción del que hace valer un derecho real

1 Compárese en sentido contrario á nuestra opinión, Pont, t. I, p. 106, número 132, según Mourlón, Examen crítico, núm. 164.

la ley se valió de la expresión que marca el ejercicio de un derecho entero de propiedad.

442. ¿Puede el dador reivindicar los objetos que amueblan el local arrendado y que no pertenecen al arrendatario? El texto dice que el propietario puede embargar los muebles que amueblan su casa ó su finca; y los objetos que no pertenecen al arrendatario amueblan, no obstante, cuando tal es su naturaleza y destino. El dador ejerce su privilegio sin estar obligado á probar que el arrendatario es propietario de los objetos que manda embargar como prenda; asimismo tiene el derecho de reivindicar sin que tenga que probar que es propietario, pues no reivindicar, embarga, y embarga para garantizar su privilegio. Si reivindicara tendría que promover en justicia y probar que es propietario; la reivindicación del dador, al contrario, es un embargo, y el dador embarga todo lo que amuebla; la única cosa que tenga que probar es que los objetos vendidos amueblaban su casa ó su finca y que deben ser reintegrados en ellas. (1)

443. El Código de procedimientos trae una excepción al derecho de reivindicación. Según el art. 609 los acreedores, en caso de embargo, no pueden formar oposición más que en el precio de la venta; y la ley agrega expresamente que así pasa con el acreedor por *rentas*. Es inútil embargar cuando hay un embargo ejecutivo; los muebles están bajo el poder de la justicia, con reserva de todos los derechos. El dador, al formar oposición en el precio, resguarda sus intereses, puesto que en virtud de su privilegio se le pagará de preferencia en el precio. (2)

1 Martou, Comentario, t. II, p. 117, núm. 431.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 150, nota 44, pfo. 261. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Poitiers de 17 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 291). Como se trata de la interpretación del Código de Procedimientos trasladamos á Martou, t. II, p. 119, núm. 437.

III. Del ejercicio del derecho de embargo reivindicatorio.

444. La ley no permite la reivindicación más que en un plazo muy corto: el dador debe hacerla, cuando se trata del mobiliario que amueblaba una finca rústica, en el plazo de cuarenta días, y en el de quince si se trata de muebles de una casa. Cuando el propietario reivindica objetos enajenados por el arrendatario hay un motivo de interés general por el que debe obrar en plazo breve: es que la propiedad del adquirente permanece insegura. Si hay un simple desplazamiento la propiedad no está en causa; pero el desplazamiento puede dar origen á un nuevo privilegio en el caso en que los frutos producidos por un fundo son transportados en terreno perteneciente á otro propietario; en este caso también hay conflicto de derechos reales á los que importa dar fin. En toda hipótesis el legislador hubo de fijar un plazo corto, puesto que el interés de los terceros puede estar comprometido de un día á otro en un conflicto con el propietario, y éste no puede quejarse de que se le quite su privilegio, puesto que dependía sólo de él conservarlo. Por esto es que la ley fija un plazo más largo cuando se trata de muebles de una finca rústica; no estando el propietario en los lugares no estará informado inmediatamente; le es, pues, necesario más tiempo para promover. ¿Quiere esto decir que el plazo sólo comience á correr á partir del día en que el dador tiene conocimiento del desplazamiento? No; la diferencia de plazo que acabamos de señalar prueba lo contrario. ¿Por qué se hubieran dado cuarenta días para obrar al propietario de una finca rústica y sólo quince al de una casa si este plazo corriera entre uno y otro sólo á partir del día en que conocieran el desplazamiento? El legislador supone que un plazo de quince ó de cuarenta días basta para informar al propietario. Acerca de este pun-

to todos están acordes. (1) Pero se pregunta si hay lugar á hacer una excepción en el caso en que hubiera habido un concierto fraudulento entre el arrendatario y el tercero para esconder el desplazamiento á fin de impedir que el dador reivindique. La cuestión está controvertida. Nos parece que, si hay fraude propiamente dicho, hay que aplicar el antiguo adagio según el cual el dolo siempre hace excepción. En este caso la suposición del legislador cae; el dador no pudo obrar, puesto que las maniobras que se emplearon le impidieron saber del desplazamiento, y la ley no puede favorecer el fraude. (2)

445. La ley exige, además, otra condición para que el dador pueda reivindicar: es que no haya consentido en el desplazamiento, lo que se aplica también al caso en que los objetos han sido vendidos con el consentimiento del dador. Al consentir en que los objetos gravados con su privilegio estén desplazados ó vendidos el dador renuncia á su derecho de prenda. El consentimiento puede ser expreso ó tácito; este es el derecho común y la ley no lo deroga, puesto que no exige un consentimiento terminante.

El consentimiento tácito es muy frecuente; existe en todos los casos en que los objetos marcados con el privilegio están destinados á ser vendidos, y deben serlo para que el arrendamiento alcance su objeto y que el arrendatario se procure los medios de pagar sus rentas. Tales son las mercancías que amueblan una tienda y los productos fabricados que amueblan un taller ó una fábrica. El dador consiente en que se vendan estas cosas porque el arrendatario arrienda la tienda, el taller ó la fábrica para ejercer en ellos

1 Pont, t. I, p. 105, núm. 131. Bruselas, 10 de Agosto de 1812 (Dalloz, en la palabra Embargo reivindicatorio, núm. 13), y 25 de Marzo de 1814 (Pasicrisia, 1814, 2, 38). Denegada, 6 de Mayo de 1835 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 233).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 149 y nota 41, pfo. 261; y los autores en sentido contrario que citan.

su comercio ó su industria; es decir, para vender los objetos que amueblan el local arrendado; el dador no pierde nada en la venta, puesto que al vender el arrendatario se enriquece, y ordinariamente los objetos que vende se reemplazan por otros nuevos; si el arrendatario vendiera sin reemplazarlos el dador podría usar del derecho que la ley le da de expulsar al arrendatario que no amuebla suficientemente el local arrendado. Lo que concilia todos los intereses.

446. Se ha observado que el Código Civil, así como la Ley Hipotecaria, después de haber enumerado los diversos objetos que quedan gravados con el *privilegio* en favor del dador no menciona como pudiendo ser *reivindicados* los muebles que amueblan la casa arrendada ó la finca. ¿Debe concluirse de esto que el propietario no puede reivindicar los frutos y los objetos que sirven para la explotación de la fábrica? La cuestión no ha sido nunca presentada en cuanto á estos últimos objetos, porque es evidente que amueblan la finca aunque la ley no los enumere por separado. Quedan los frutos. Si la ley no los menciona es porque tiene en vista, sobre todo, la venta de los objetos que amueblan y que no están destinados á ser vendidos. Y es seguro que los frutos tienen destino de venta; luego el dador consiente en ello y, por tanto, no puede ya tratarse de reivindicación. ¿Quiere esto decir que los frutos nunca puedan ser reivindicados? La reivindicación puede hacerse en caso de simple desplazamiento; en este caso no hay ninguna duda de que el dador pueda embargar los frutos para reintegrarlos en el local arrendado; ya hemos dado de ello un ejemplo (número 431). El dador está muy interesado en reivindicar los frutos desplazados, puesto que perdiendo la posesión pierde el privilegio; y ningún principio se opone á ello. En cuanto al texto del art. 20 (Código Civil, art. 2102) comprende implícitamente los frutos, puesto que éstos también amueblan la finca.

§ II.—DE LOS GASTOS DE COSECHA Y DE EXPLOTACION.

447. El art. 20, núm. 2 (Código Civil, art. 2102, 1.º) privilegia las sumas debidas para las siembras ó para los gastos de cosechas del año, en el precio de esta misma cosecha. Este privilegio tiene la misma causa que el del dador; el acreedor que ministra las semillas procura la cosecha tanto como el propietario que presta el suelo, y la ley considera aún su crédito como más favorable, puesto que le da la preferencia contra el dador (art. 24). Lo mismo pasa con los gastos de cosecha; los que tienen un crédito por este punto han contribuido igualmente á procurar la cosecha, pues no basta que las tierras sembradas produzcan frutos, es necesario hacer gastos para que la tierra se vuelva productiva y es necesario también cosechar los frutos. Todos aquellos que han contribuido á la producción de la cosecha deben ser preferidos á los demás acreedores, puesto que éstos se enriquecen con los frutos que aumentan el patrimonio del deudor.

El art. 20 pone en la misma línea las sumas debidas por utensilios que sirven á la explotación; están privilegiadas en el precio de utensilios. Sin instrumentos de labranza el cultivo se haría imposible, como lo sería sin semillas. Teniendo estos créditos la misma causa, la misma calidad, deben gozar de igual fuero.

448. Los privilegios del núm. 2 son especiales porque tienen una causa especial. Por esto es que los gastos hechos para la cosecha de un año sólo están privilegiados en la cosecha del mismo año, son extraños á las demás cosechas y no podrían, por consiguiente, gozar de un privilegio en frutos que no contribuyeron á producir. En cuanto á las sumas debidas por utensilios la ley sólo las privilegia en el precio de utensilios y no en el de la cosecha, puesto que el acreedor sólo prestó servicio á la masa ministrando es-

tos instrumentos; siendo la causa especial el privilegio debe también serlo.

La Corte de Casación ha casado, en consecuencia, una sentencia sin que concediera un privilegio en la cosecha por abastecimiento y reposiciones de instrumentos de la granja. No se puede, dice, considerar como gastos de cosecha los abastos y reposición de instrumentos de labranza, puesto que es únicamente en el precio de estos instrumentos en el que la ley concede un privilegio á quien los ministró ó compuso. La Corte concluye también, lo que es evidente, que el privilegio no puede extenderse en el precio de otros instrumentos que aquellos que fueron ministrados ó repuestos por aquel que reclama el privilegio (1) Es aun dudoso que el privilegio exista para la compostura de utensilios; la ley dice, es verdad, en términos generales: «Las sumas debidas por utensilios», pero esto se entiende de los ministrados al arrendatario; y, por otra parte, la ley no privilegia todas las reposiciones sino sólo los gastos de conservación (art. 20, 4.º).

449. ¿Qué se entiende por gastos de cosecha? Se ha juzgado que la ley no entendió dar privilegio más que á los que han tomado parte directa en la siembra de los terrenos ó en la cosecha, tales como los obreros, jornaleros, criados etc. (2) La Corte se expresa mal al hablar solamente del trabajo de sembrar; la ley dice *gastos de siembra*, luego la semilla está antes de todo privilegio, luego los trabajos de los peones ó jornaleros que han sembrado.

Se presenta una dificultad para los jornaleros; trabajan al día y le pareció al Tribunal de Lyon que se debían hacer pagar sus jornales al acabar el día ó la semana. Lo que era un modo singular de razonar; el crédito del jornalero,

1 Casación, 12 de Noviembre de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 299).

2 Limoges, 26 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 173.)

aunque vencido al día, sólo prescribe á los seis meses, y si trabaja en la cosecha tiene un privilegio mientras subsista su crédito. La decisión fué casada. (1)

Hay otra dificultad para los criados del hacendado que trabajan en la cosecha: ¿tienen el privilegio del art. 20, núm. 2 (Código Civil, art. 2102, 2.º) ó el del art. 19, núm. 4 (Código Civil, art. 2101, 4.º)? En cualquier caso tienen un privilegio; pero si tratan en virtud del art. 19 los prevalece el dador (art. 26), mientras que el privilegio del art. 20, núm. 2, prevalece al dador. Se juzgó que el criado puede reclamar el privilegio de cosecha. (2) Esto sería admisible si se pagara á los criados por las labores que hacen en el campo, pero si no reciben más salario que su sueldo su crédito es un crédito de sueldo y no de cosecha, luego no puede gozar del privilegio de los gastos de cosecha.

450. Se ha preguntado si los peones empleados por un propietario en las labores de la cosecha gozan del privilegio del art. 20. Una sentencia de la Corte de Casación supone que el privilegio no pertenece más que á los que tratan con el hacendado. (2) El Código Civil no da lugar á duda: no causa parágrafo distinto al privilegio de cosecha; el mismo número que establecía el privilegio del dador se refería á que los gastos de cosecha tenían privilegio con relación al propietario; de manera que la ley parecía no conceder privilegio más que con respecto al dador. Esta duda desapareció de la ley belga; trata del privilegio de los gastos de cosecha en un párrafo distinto y en términos absolutos, sin mencionar al propietario ni al hacendado; es el crédito de la cosecha el que la ley privilegia, cualquiera que sea el deudor: lo que es muy lógico, porque los gastos de co-

1 Casación, 24 de Junio de 1807 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 293).

2 París, 23 de Junio de 1812 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 292). Martou, Comentario, t. II, p. 121, núm. 443.

3 Denegada, 11 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 119).

secha no cambian de naturaleza ni de calidad, según que sean hechos por un propietario ó por un arrendatario de una hacienda. (1)

451. ¿El abono está privilegiado? En teoría la afirmativa no es dudosa: ¿puede haber cosecha sin abono? La cosecha en todo caso será más abundante; luego el que ministra el abono favorece á los demás acreedores y se le puede aplicar literalmente lo que se dice para justificar el privilegio de la semilla y de la cosecha. (2) Sin embargo, la jurisprudencia se ha pronunciado por la opinión contraria. La Corte de Bruselas dice que se debe distinguir de los gastos de producción los de cosecha; esta distinción resulta del texto de la ley, no privilegia todos los gastos de producción sino solamente los de siembra; lo cual es decisivo. La expresión *gastos de cosecha* no comprende los de producción, si no hubiera sido inútil privilegiar la siembra. Y la interpretación de los privilegios es de derecho estricto; no se puede extender á los abonos el privilegio concedido por la ley á la siembra. (3) Esto es un vacío que no está permitido al intérprete llenar. La Corte de Casación se pronunció en favor de esta interpretación restrictiva. Dice que las palabras *gastos de cosecha* tienen un significado determinado por el uso y sólo comprenden las sumas debidas para la siega, la trilla y la puesta en barca, lo que sería obligar al sentido de estos términos á comprender todos los gastos hechos para obtener una cosecha mejorada. Y los privilegios no existen sin texto formal, no se pueden deducir de un caso á otro sino, al contrario, se los debe restringir á los casos previstos. (4)

1 Compárese Pont, t. I, p. 109, nota 1.

2 Martou, t. II, p. 121, núm. 444. Pont, t. I, p. 109, núm. 134.

3 Bruselas, 31 de Diciembre de 1818 [Pasicrisia, 1818, p. 255].

4 Denegada, 9 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, I, 30). Compárese Amiéns 2 de Mayo de 1863 (Dalloz, 1863, 5, 302), y Rennes, 4 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1873, 5, 379). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. III, p. 150, nota 47, pfo. 201.

452. Los gastos de cosecha varían naturalmente conforme á los diversos productos. Se juzgó que la provisión de barricas destinadas á depositar el vino blanco de la Gironda tenía privilegio en la cosecha del año. La sentencia de la Corte de Burdeos está muy bien motivada; la Corte entra en detalles para explicar el uso de las barricas; concluyó que el método empleado y que requería el uso inmediato de las barricas sólo puede preservar al vino blanco de la alteración de su aroma y su sabor que lo colocan en un lugar alto en los productos de la Gironda. Esto decide la cuestión: siendo el empleo de barricas un elemento indispensable de esta cosecha especial la provisión de dichas barricas debe estar comprendida en los gastos de cosecha que la ley privilegia, porque procuran la cosecha manteniendo á los vinos su calidad y su valor. (1)

453. La palabra *utensilios* tiene un sentido muy extenso: ¿es decir que la provisión de *utensilios* está privilegiada? Nó, porque la ley limita la acepción de este término agregando: *accesorios á la explotación*; lo que excluye á los de menaje. Hay otra dificultad. ¿La ley entiende hablar sólo de la explotación agrícola ó el privilegio se extiende á la explotación industrial? El interés de la cuestión consiste en el rango del privilegio. El vendedor de una máquina ó de un aparato cualquiera tiene un privilegio para el pago del precio (art. 20, núm. 5), pero está prevalecido por el dador (art. 23), mientras que el art. 20, núm. 2, prevalece al dador (art. 24). Si el privilegio para los *utensilios* estuviera establecido en un párrafo distinto se debería, sin duda, aplicarlo á la industria como á la agricultura. Pero este privilegio se sigue de un solo y mismo número al de los gastos de siembra y de cultivo; ¿se puede generalizar el privilegio de *utensilios* cuando el de cosecha es especial? Esto nos pare-

1 Burdeos, 1.º de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 14).

ce dudoso, porque es extender un privilegio que la ley parece restringir. Si se atiende uno á los trabajos preparatorios nuestra duda es una certidumbre. Se lee en el informe de M. Lelièvre: «No entendemos hablar más que de los *utensilios aratorios* y que sirvan para la explotación; en una palabra, que hayan servido para la cosecha.» Esto nos parece decisivo. (1)

§ III.—DE LOS GASTOS DE CONSERVACION.

454. El art. 20, núm. 3, recuerda el privilegio del acreedor prendista que el Código Napoleón establece en el artículo 2073; ya hemos tratado de él al explicar el título del empeño.

455. El art. 20, núm. 4, da privilegio á los gastos hechos para la conservación de la cosa. Entendiéndose que sólo el legislador tiene derecho de conceder. Sin embargo, uno de nuestros buenos autores, Grenier, olvidó este principio elemental. En vano se invocaría la equidad, ¿basta la equidad para dar un privilegio? En vano invocaría el poder de las analogías, ¿es admisible la argumentación analógica cuando se trata de una excepción al derecho común que el legislador sólo tiene el derecho de establecer? (2) Una corte creyó dar más fuerza al argumento de Grenier diciendo que si los gastos de conservación gozaban de un privilegio debía pasar lo mismo, y con mayor razón, con los gastos de mejora, puesto que el acreedor aumenta el patrimonio del deudor y enriquece á los demás acreedores. (3) Contestaremos que ya no se razona *a fortiori*, más que por analogía, en materia de privilegios; por esto los desembolsos son necesarios

1 Véanse en sentido contrario, Martou, t. II, p. 123, núm. 447, y Amiéns, 20 de Noviembre de 1837 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 298].

2 Grenier, núm. 314, t. II, p. 22 de la edición belga. En sentido contrario, todos los autores. Véase especialmente Valette, ps. 99 y siguientes.

3 Rouen, 18 de Junio de 1825, y Colmar, 7 de Marzo de 1812 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 321).

sin lo que parecería la cosa. Es el más legítimo de los privilegios, pues que por los trabajos hechos para conservar la cosa es por lo que aún permanece en el patrimonio del deudor y por lo que los demás acreedores sacan provecho de ella. La ley también le da el primer lugar entre los privilegios (art. 22) cuando está en concurso con privilegios anteriores.

456. ¿Pertenece dicho privilegio á los gastos de mejora, es decir, á los gastos que sin ser necesarios para conservar la cosa le den un aumento de valor? La cuestión está controvertida, y no debería estarlo porque los textos y los privilegios no dejan ninguna duda. La ley no privilegia más que los gastos de conservación, y seguramente no se puede dar este nombre á los gastos que no conservan la cosa aunque la mejoren. Y los privilegios son de derecho estricto; extenderlos sería crear un derecho de preferencia. Hé aquí por qué la Corte de Casación negó el privilegio á la provisión de abonos (núm. 451) aunque se pueda decir en favor del acreedor todo lo que se ha dicho en favor del obrero que ha procurado por su trabajo un aumento de valor á la cosa.

La opinión que profesamos la enseñan todos los autores y está consagrada por la jurisprudencia constante de las cortes de Bélgica. Las sentencias se limitan á citar el texto; la Corte de Gante dice que es evidente que la ley no comprende los trabajos de mejora; en la especie la palabra *evidencia* no es una aserción temeraria, puesto que en materia de privilegio el texto es decisivo. (1)

Queda una dificultad en la teoría. La ley concede un privilegio al obrero que hace trabajos de mejora en un inmueble (art. 27, 5.º; Código Civil, art. 2103, 4.º); ¿por qué no

1 Lieja, 13 de Diciembre de 1834 (Pasirisia, 1834, 2, 272), y 6 de Febrero de 1846 (Pasirisia, 1846, 2, 185). Gante, 28 de Diciembre de 1867. (Pasirisia, 1868, 2, 198).

da una preferencia al obrero que por su trabajo aumenta el valor de un objeto mobiliario? En principio hay igual razón; sin embargo, no se puede decir que haya contradicción en conceder á uno el privilegio que se niega al otro. Si el legislador hubiera privilegiado los gastos de mejora hechos á un objeto mueble hubiera debido prescribir una experticia para comprobar el valor de la cosa antes de los trabajos y una nueva experticia para comprobar el aumento de valor que los trabajos hubieran dado á la cosa; de aquí los gastos que muy amenudo hubieran sobrepasado el interés del litigio. (1) La cuestión sólo tiene importancia para con las máquinas; en este caso el crédito del obrero puede ser considerable y, por consiguiente, el legislador habría podido y debido privilegiarlo.

457. Negando á los gastos de mejora un privilegio la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en dar al obrero un derecho de retención. Este derecho, dicen, se induce con evidencia del art. 570. (2) Aquí la palabra *evidencia* es azarosa. El art. 570 prevee el caso de especificación y decide que si un artesano ha empleado una materia prima que no le pertenezca para formar una cosa de una nueva especie el que fuera propietario de ella tiene el derecho de reclamar la cosa reembolsando el valor de la mano de obra. Desde luego hacemos constar que el texto no dice una palabra de un derecho de retención; y aun cuando se pudiera inducirlo de la ley se aplicaría á un caso que nada tiene de común con la cuestión que examinamos. En la hipótesis prevista por el art. 570 ninguna convención existe entre el propietario y el especificador; se comprenderá, pues, que en rigor la ley concediera al obrero una garantía para el pago de sus trabajos, mientras que el art. 20 de la Ley Hipotecaria supone que un obrero traba-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 136, núm. 459.

2 Pont, t. I, p. 115, núm. 42. Martou, t. II, p. 136, núms. 460 y siguientes.

ja por el dueño; hay un contrato, el obrero puede estipular las garantías, el empeño, por ejemplo, de la cosa que mejora; desde luego el derecho de retención no es indispensable. Y en nuestra opinión este derecho excepcional sólo existe cuando ha sido estipulado. Nos trasladamos á lo dicho más atrás (núms. 293 y siguientes). (1)

458. La ley da privilegio á los gastos hechos para la *conservación de la casa*. ¿Qué se entiende por *cosa* y por *gastos de conservación*? La palabra *cosa* es tan vaga y, por consiguiente, tan general es como posible; comprende, pues, todos los casos muebles, los derechos y créditos, así como los muebles corporales. Esta es la interpretación generalmente aceptada. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. En el lenguaje del derecho se entiende por gastos de conservación los desembolsos llamados necesarios, en oposición á los gastos útiles y voluntarios. Esto implica trabajos manuales, luego una cosa corpórea en la que se hagan. Se dirá que interpretando así la ley será restringir los términos generales. La objeción es verdadera para la palabra *cosa*, pero ¿la palabra *conservación* no limita el sentido de esta última expresión? Esta sería nuestra opinión. Resultaría en verdad que la interpretación restringiría el privilegio, pero ¿no deben interpretarse restrictivamente los privilegios? El núm. 5 del art. 20 confirma nuestro modo de pensar. Zanja una dificultad que se había presentado bajo el imperio del Código Civil. Los objetos muebles conservados por el trabajo del obrero se hacen inmuebles por destino ó incorporación; ¿se extingue el privilegio? Nuestra ley decide que se extingue, salvo cuando se trata de maquinaria y aparatos empleados en los establecimientos industriales. Esta disposición es una aplicación del principio que demuestra que el legislador tuvo presentes los muebles más que los créditos.

1 Compárese una sentencia muy bien redactada del Tribunal de Comercio de Bruselas de 30 de Octubre de 1875 (Pasicrisia, 1875, 3, 320).

459. Las dificultades é incertidumbres á las que conduce la opinión general no favorecen la interpretación que combatimos. ¿Qué cosa es *conservar un derecho*? ¿y de cuáles gastos se puede decir que conservan el derecho? Un derecho no está amenazado de perecer como una máquina que no se repare: los derechos no perecen sino cuando no se les ejerce, por lo demás no están sujetos á deterioro ó destrucción. Se juzgó que los anticipos hechos para cobro de un crédito eran gastos de conservación; en la especie se trataba de un crédito contra el Gobierno y los anticipos llegaban á 226,000 francos. (1) No se diría cuáles eran esos anticipos. Los gastos de conservación son desembolsos necesarios, sin los que la cosa habría perecido: ¿se puede decir que era necesario desembolsar 226,000 francos para cobrar un crédito sin que hubiese un proceso?

460. Un acreedor persigue la anulación de una convención y la sentencia incluye los bienes enajenados en el patrimonio del deudor. La Corte de Burdeos decidió que los gastos de instancia estaban privilegiados á título de gastos de conservación porque habían tenido por objeto la conservación de la cosa común. (2) Para que sucediera así desde luego se debía suponer que se trataba de cosa mobiliaria. ¿Se puede decir que una instancia judicial conserva un derecho cualesquiera? El juez no crea el derecho objeto del proceso, reconoce solamente su existencia; luego no se puede decir que lo conserva. Queda por precisar lo que se debe entender por gastos de instancia. Se cita una sentencia de la Corte de París (3) que considera los honorarios pagados al abogado como gastos de conservación. El Tribunal del Sená juzgó lo contrario, por razones

1 Casación, 13 de Mayo 1835 [Daloz, en la palabra Quiebra, núm. 1069].

2 Burdeos, 28 de Mayo de 1832 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 144).

3 París, 28 de Enero de 1843, no reproducida en las Reseñas (Pont, t. I, p. 113, núm. 140).

excelentes; ¿se puede decir que sin que el alegato del abogado hubiera perecido el derecho? Esto no se puede decir tampoco de los demás gastos de instancia. Y si estos son gastos de conservación no vemos por qué los honorarios del abogado estén exceptuados. (1)

461. Se nombró á un socio liquidatario de una sociedad por sentencia arbitral y se le encargó vender en un plazo determinado el establecimiento que era el objeto de la sociedad. El mandatario continuó la explotación y vendió la panadería mucho tiempo después del plazo fijado. Se juzgó que los gastos de gerencia estaban privilegiados por haber conservado la prenda común de los acreedores. (2) Son estos los gastos necesarios en el sentido del art. 20? El establecimiento consistía, sobre todo, en la clientela: ¿se necesitaba una larga gerencia para conservar la clientela? ¿Qué cosa impedía á los acreedores vender inmediatamente la panadería? La gerencia era, pues, un acto más ó menos útil, pero no un acto de conservación.

462. Hay una sentencia de la Corte de París que se acerca á nuestra opinión. Un mandatario reclamaba el privilegio de conservación por sus adelantos que conservaran la cosa común. La Corte desechó sus pretensiones. Estos adelantos, dijo la Corte, pudieran ayudar al mandante á continuar sus compromisos y, por consecuencia, á evitar pérdida y procurar ganancias, pero pasa lo mismo con todos los anticipos y con todos los préstamos que los acreedores hacen á un comerciante. Estos no son, pues, gastos de conservación, porque estos gastos suponen desembolsos hechos con el fin de conservar cosas determinadas cuando se hayan en peligro de perecer, lo que excluye los desembolsos que

1 Compárese una sentencia del Tribunal de Bruselas de 8 de Abril de 1871 (Pasicrisia, 1872, 3, 212).

2 París, 28 de Diciembre de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 309).

tuvieran por objeto mejorar ó aumentar el valor. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

463. Desde que se aleja uno del sentido restringido de la expresión *gastos de conservación* ó desembolsos necesarios se acaba por extender hasta el infinito un privilegio que la ley entendió seguramente limitar á un hecho determinado: el de conservar una cosa que amenazaba perecer. La Corte de Lyon consideró el servicio del reemplazo como un modo de conservar el precio que el reemplazado se obligó á pagar á la Compañía de Reemplazos; dió, en consecuencia, al reemplazo una acción privilegiada para que él lo pagase de la suma debida por el reemplazado, de preferencia á los demás acreedores. Esta interpretación no encontró eco, la decisión fué casada y todos los autores la critican. La Corte de Casación dice muy bien que no se puede asimilar á una *cosa*, sea la liberación del servicio militar, sea la obligación de este servicio, ni por otra parte asimilar á los *gastos*, ya sea el precio estipulado por reemplazo, ya sea el cumplimiento del servicio hecho á consecuencia del reemplazo. (2) Luego el texto de la ley no era aplicable. Se ve que la Corte se apega estrictamente á letra de la ley; este es el verdadero principio de interpretación; cuando se separa uno de él se cae necesariamente en lo arbitrario.

464. Hay, en nuestro concepto, otro error que predomina en la jurisprudencia. No tiene en cuenta el carácter especial que presenta el privilegio de los gastos de conservación. Es una cosa determinada la que se conserva, y es esta misma cosa la que está gravada con el privilegio en provecho del obrero que lo ha conservado con su trabajo. Hé aquí el privilegio en toda su sencillez. La jurisprudencia lo extiende considerablemente.

1 Denegada, 8 de Enero 1839 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 193). Compárese Lieja, 13 de Agosto de 1835 (Pasieris, 1835, 2, 311).

2 Casación, 13 de Enero de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 17).

La sociedad llamada del Material de Caminos de Hierro se disolvió; se nombraron liquidatarios investidos con poderes absolutos. Se hicieron abastos á los liquidadores que los habían condenado con el objeto de realizar mercados hechos por la sociedad antes de su disolución. Más tarde la sociedad se declaró en quiebra y la apertura fué fijada el día de la disolución de la sociedad, de modo que la entrega litigiosa se hizo á la masa. ¿Estaba privilegiado el crédito? Sí, según la Corte de Bruselas, atendiendo á que la provisión era indispensable para la construcción de los vagones, así como de los trabajos que importaba ejecutar en interés de la masa; la Corte concluyó que dichas provisiones deben ser consideradas como gastos hechos para la conservación del *haber común* de los socios y de los acreedores. (1) ¿Por esto los *abastos* ó *provisiones* hechos en *interés común* de los acreedores son gastos hechos para la *conservación* de la *cosa*? ¿Preguntaremos con la Corte de Casación de Francia (núm. 463) si el *interés* es una *cosa* que amenaza perecer y que se conserva? También preguntaremos si el privilegio recaerá en este *interés* conservado. En realidad la Corte ha creado un privilegio que ignora la ley. Estas cuestiones no tienen sentido.

465. ¿Se deberá uno admirar de pretensiones más raras aún que se han producido ante los tribunales? La jurisprudencia, al abandonar el texto de la ley, único terreno seguro, y sobre todo en materia de privilegios, autoriza las reclamaciones más absurdas. Así calificamos las demandas de los privilegios que no están fundadas en ningún texto; se debe decir más: que están en oposición con el texto.

Un industrial obtuvo una prórroga de un año. Hizo con autorización de los comisarios un pedido importante de hierro "para completar su taller." Después se declaró en quie-

1 Bruselas, 12 de Junio de 1867 (Pasieris, 1863, 2, 184).

bra. Los dueños de fragua pidieron se les pagara por privilegio, en virtud del art. 20, núm. 4. Fundándose en los motivos que dejamos dichos (núm. 464) sus provisiones debían ser consideradas como gastos hechos para la conservación de la *prenda común* de los acreedores, porque sin ellas el quebrado se habría encontrado en la imposibilidad de concluir los trabajos comenzados y tener su taller listo para poder satisfacer á todos los clientes. La Corte de Bruselas no acogió esta demanda, pero los motivos que da para desecharla son tan erróneos como los que los demandantes invocaban en apoyo de sus pretensiones. Para que los gastos fueran privilegiados, dice la Corte, se necesitaba al menos que sin dichos desembolsos la *cosa* hubiera perdido notoriamente su valor. ¿Cuál es esta *cosa*? Es el *haber* del dador, contesta la Corte. (1) Nó, no es el *haber*, es el mueble determinado para la conservación del que se ha hecho el gasto. Luego la Corte habría debido decir que en la especie no se podía tratar de privilegio por la excelente razón de que el privilegio reclamado por los demandantes era imaginario. La naturaleza misma del privilegio de conservación y el título del párrafo en que está inscripto debieron prevenir á la Corte contra el error en el que cayó. Se trata de privilegios sobre *ciertos muebles*. ¿Cuál es el mueble en el que se ejerce el privilegio de conservación? Es el mueble conservado; esto es elemental. ¿En qué se convierte este privilegio *especial* en el sistema de la Corte? Es *todo el haber* que está *conservado*, luego es todo el *haber* el que está gravado con el *privilegio*; de este modo un privilegio *especial* se hace general, aun debería recaer en el precio de los inmuebles!

466. Una sociedad pide se la admita al pasivo de una quiebra como acreedora privilegiada por el punto de la entrega de carbón que sirvió para la alimentación del esta-

1 Bruselas, 4 de Abril de 1868 (Pasicrisia, 1868, 2, 180).

blecimiento industrial que explotaba el quebrado. Pretendía que había en ello gastos de conservación. La demandante invocaba en apoyo de su singular pretensión la sentencia de la Corte de Bruselas que acabamos de criticar (núm. 464). La demanda no fué acogida, y ciertamente que no debía serlo. ¿Qué cosa había *conservado* la provisión de carbón? ¿El establecimiento industrial? Este es un inmueble, y la sociedad reclamaba un privilegio mobiliario. La Corte de Bruselas lo dijo y debió limitarse á este principio porque es perentorio. Lo que, agrega, supone que el privilegio de conservación puede ejercerse cuando el *haber* del deudor, el valor industrial de su establecimiento ó el valor de los útiles que allí se encuentren han sido preservados de un deterioro notable. Transladamos á la Corte al texto y á la sentencia de la Corte de Casación (núm. 463) que la interpreta. La sociedad demandante pretendía aún haber conservado en las materias primas transformadas en alfarería un *valor* que rápidamente habían *perdido*. Se responde, y la respuesta es simple y decisiva: transformar la materia prima no es un trabajo de *conservación*, es un trabajo de *mejoramiento*; y la ley no da privilegio á los trabajos útiles sino á los gastos *necesarios*. La Corte se limita á decir que el combustible sólo entra en una parte en la fabricación. ¡Y qué importa! Si la fabricación es un trabajo de *conservación* la sociedad carbonera tenía razón de reclamar un privilegio, salvo á los demás acreedores que habían contribuido á reclamar igualmente una preferencia. En fin, la Corte termina por donde debió comenzar al decir que los demandantes no demostraban que la fabricación había conservado la materia prima, y esto debería ser efectivamente lo que deberían haber probado. (1)

467. La ley privilegia *los gastos* hechos para la conservación de la cosa; luego todos los gastos, todo el crédito.

1 Bruselas, 11 de Abril de 1870 (Pasicrisia, 1870, 2, 206).

Esta es una nueva diferencia entre el privilegio mobiliario del art. 20 y el privilegio inmobiliario del art. 27, núm. 5. El obrero que hace trabajos en un fundo no tiene privilegios más que por el aumento de valor que las obras den al fundo, aun cuando fueran gastos necesarios; mientras que el obrero que hace un trabajo de conservación en un objeto mobiliario tiene un privilegio por su crédito entero, aun cuando la cosa no aumentara de valor. Es el art. 20 el que establece el verdadero principio en lo relativo á los gastos necesarios. Si realmente los trabajos han sido *necesarios* para conservar la cosa todo el desembolso ha aprovechado á los acreedores, puesto que sin los gastos de conservación la cosa habría perecido; luego todos los gastos debían ser privilegiados, siendo solamente para los desembolsos *útiles* para lo que se debería tener en cuenta el aumento de valor, pues los demás acreedores no aprovechan del gasto sino del aumento de valor que resulta. (1)

468. La ley no exige ninguna condición para que el acreedor goce del privilegio. Hay, sin embargo, una que es común á todos los privilegios mobiliarios: el que la cosa gravada con el privilegio esté en manos del deudor; si ya no la posee en el momento en que el acreedor privilegiado quiere ejercer su derecho no tiene privilegio. Esta es la aplicación del principio de que los muebles no tienen persecución por hipoteca (art. 64; Código Civil, art. 2119), principio que, á la vez, es una consecuencia de la regla fundamental del derecho francés, conforme al cual en materia de muebles la posesión vale título. No se reivindicán los objetos mobiliarios; con mayor razón no se puede promover contra un tercero poseedor en virtud de un simple derecho real. La ley deroga este principio en favor del dador; no hace excepción á los demás privilegios mobiliarios. (2)

1 Durantón, t. XIX, p. 160, núm. 114.

2 Martou, Comentario, t. II, p. 132, núm. 456.

469. El privilegio perece, pues, cuando el deudor enajena la cosa gravada con el privilegio de conservación; por consecuencia, el acreedor no conserva más que un simple crédito quirografario. Aquí se presentan dificultades muy serias. ¿Si la cosa está enajenada, pero que no se haya entregado al comprador, conservará el acreedor privilegiado su privilegio? ¿Y si la cosa vendida está entregada al comprador, pero el precio no está pagado, puede el acreedor privilegiado ejercer su derecho en el precio? Estas cuestiones están controvertidas. (1) Las examinaremos al tratar del privilegio del vendedor.

470. ¿Se extingue el privilegio de los gastos de conservación cuando la cosa mobiliaria que está gravada se convierte en inmueble por destino ó incorporación? Esta cuestión se presenta también para el privilegio del vendedor; volveremos á ella al tratar de este privilegio.

§ IV.—DEL PRECIO DE LOS EFECTOS MOBILIARIOS NO PAGADOS.

471. Cuando el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta. Esta es la aplicación del principio de la condición resolutoria tácita (art. 1184). Ya la hemos tratado en el título *De la Venta* (art. 1654).

La ley da todavía otra garantía al vendedor: puede exigir el pago del precio con privilegio y por preferencia á los demás acreedores.

El derecho de resolución y el privilegio suponen que el comprador aun está en posesión de la cosa; si la ha revendido el primer vendedor no puede promover en resolución contra el tercero adquirente, y menos aún ejercer su privilegio contra el tercero poseedor. De aquí se sigue que el vendedor de un objeto mueble está siempre en peligro de perder la cosa y el precio. La ley lo protege concediéndole el

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 132, núm. 456 y Aubry y Rau, t. III, p. 152, nota 55, pfo. 261.

derecho de reivindicar; es decir, de embargar la cosa al comprador para impedirle revender. Comenzaremos por exponer los principios que rigen el privilegio del vendedor; después trataremos del derecho de reivindicación y de la modificación que la nueva ley ha llevado al derecho de resolución.

Número 1. Del privilegio del vendedor.

472. La ley da un privilegio al vendedor en el valor de los efectos mobiliarios no pagados (art. 20, núm. 5; Código Civil, art. 2102, 4.º) ¿Qué motiva este privilegio? Grenier, el Relator del Tribunado, contesta que el crédito del vendedor está privilegiado porque sin la venta la cosa vendida no llegaría á ser prenda de los demás acreedores; si se halla en el patrimonio del deudor es por consecuencia de la venta; en este sentido la venta aprovecha á los demás acreedores; es, pues, justo que paguen el precio de la cosa; es decir, que ejecuten las obligaciones nacidas del contrato que les procura la cosa de la que se aprovechan; sería una iniquidad que se enriqueciesen con la cosa sin pagar el precio cuando no llega á ser su prenda sino en razón del precio que el deudor está obligado á pagar. (1)

Generalmente se da otra razón del privilegio que la ley concede al vendedor: es que hasta el pago del precio el vendedor conserva un derecho real en la cosa vendida. (2) ¿Cuál es este derecho real? No podría ser más que el derecho de propiedad; no estando despojado el vendedor de su derecho de propiedad más que bajo la condición del pago del precio se puede decir, en teoría al menos, que queda propietario en tanto que no se le pague el precio. Esta era la doctrina romana. En el derecho antiguo se concluía que el vendedor que no estuviera pagado y que, sin embargo, en-

1 Martou, t. II, p. 138, núm. 464. Valette, p. 104, núm. 84.

2 Grenier, informe núm. 17 (Loché, t. VIII, p. 258).

regara la cosa no había hecho una enajenación completa, puesto que había retenido un *derecho real*; es decir, un derecho de preferencia. Esta era una doctrina falsa. Si la venta no fuera perfecta en tanto que no se pagara el precio se debería decir que el vendedor retenía más que un derecho real, quedaba propietario y que á este título puede reivindicar su cosa, lo que hace inútil el privilegio, siendo el derecho de propiedad más poderoso que un simple derecho real. En todo caso esta doctrina no es ya admisible en derecho moderno. La propiedad se transfiere por solo el efecto del contrato, sin que el precio esté pagado, aunque no esté hecha la tradición; no puede, pues, tratar de reivindicar la cosa vendida. En cuanto al pretendido derecho real que el vendedor se reserva no puede ser, conforme á nuestros principios, más que un derecho de privilegio; y los privilegios no se reservan, se establecen en virtud de la ley. Se debe, pues, dejar esa explicación que en realidad nada explica.

473. La ley da el privilegio en el precio de los efectos mobiliarios no pagados, sin mencionar el contrato de donde se deriva el crédito ni el acreedor que tenga el derecho. Es el crédito el que goza de un derecho de preferencia, no el acreedor. El crédito y, por consecuencia, el privilegio que lo acompaña pertenecen á todo vendedor de un efecto mobiliario que tenga derecho á un precio. Se necesita que haya venta; esta es la causa del privilegio; la translación de la propiedad hace entrar la cosa vendida en el patrimonio del deudor común, y es en este título en el que la ley privilegia el crédito del precio. Puede haber venta sin que se pronuncie la palabra *venta*, sin que se trate de vender ó de comprar: tales son los casos en que el avalúo hecho á una cosa que debe restituir el que la ha entregado se considera como una venta. Ya hemos dicho cuándo el avalúo vale por venta. El Código contiene un notable ejemplo en el capítulo *Del Régimen Dotal*. Si la dote consiste en objetos mobiliarios puestos

á precio en el contrato de matrimonio, sin declaración de que el avalúo no hace venta el marido se convierte en propietario y no es deudor más que del *precio* dado al mobiliario (artículo 1551). La mujer dotal tiene, pues, un crédito de un precio en virtud de una convención que la ley asimila á una venta, y todo crédito de un precio de venta está privilegiado; luego la mujer goza de un privilegio para la restitución de su dote mobiliario sobre el mobiliario dotal, puesto que la restitución se hace bajo forma de pago de un precio. La Corte de Montpellier lo juzgó así, y esto no es dudoso. (1)

474. La ley da el privilegio para el valor de los efectos mobiliarios; más adelante diremos que el vendedor de un inmueble goza también de un privilegio para el pago del precio; de modo que el principio sería que toda venta está garantizada por un privilegio, lo que sería muy lógico, puesto que toda venta lleva la cosa vendida al patrimonio del deudor común; la razón del privilegio es general, luego también el privilegio debe ser general. Sin embargo, hay motivos serios para dudar acerca de el punto. ¿Se debe entender por efectos mobiliarios toda especie de muebles, los créditos así como los muebles corporales? La afirmativa ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia. Creemos que la opinión general es contraria á los principios de la materia. Hay en los privilegios una regla de interpretación que es fundamental: es que son de derecho estricto; no hay privilegio sin texto, y todo texto relativo á privilegios es limitativo, puesto que se debe interpretar restrictivamente. Ahora bien, los textos que establecen el privilegio del vendedor, lo mismo que los demás privilegios mobiliarios, implican que se trata de muebles corporales. Tal es desde luego el título del párrafo *De los privilegios sobre ciertos muebles*. La expresión *sobre ciertos muebles* lleva consigo

1 Montpellier, 26 de Junio de 1848 [Dalloz, 1848, 2, 173].

la idea de un privilegio que grava objetos corporales determinados. Tal es sin duda el significado de la palabra *muebles* en el núm. 1 del art. 20; los muebles incorpóales no guarnecen el local arrendado y no están gravados con el privilegio del dador; sucede lo mismo con el privilegio de la siembra y de la explotación que recae en la cosecha y en los útiles. El privilegio del acreedor prendista es el único que se puede establecer sobre los créditos (art. 2075); pero la ley lo dice terminantemente, y este privilegio difiere de todos los demás en que es convencional; también se le ha llamado hipoteca mobiliaria. En cuanto á los gastos hechos para la conservación de la cosa hemos sostenido que se trata de una cosa corporal (núms. 458 y siguientes). Viene en seguida el privilegio del vendedor. La ley exige que los efectos estén aún en posesión del deudor. ¿Se puede éste aplicar á los créditos? Sin duda se puede poseer un crédito, pero la ley determina las condiciones especiales para poseerlo con relación á terceros (art. 1690). Por esto el privilegio del prendista de un crédito está subordinado á reglas especiales (art. 2075); si el legislador hubiera entendido conceder un privilegio al vendedor de un crédito ¿no habría determinado, como lo hizo con el acreedor prendista, las condiciones de la posesión del comprador? La ley decide en seguida que el privilegio del vendedor se extingue cuando los objetos mobiliarios se convierten en inmuebles por destino ó incorporación; lo que de nuevo implica que el privilegio recae en muebles corporales. En fin, al hablar de la reivindicación la ley exige que la cosa vendida se halle en el mismo estado que cuando la entrega. Hé aquí una condición que no tiene sentido cuando se trata de un mueble incorpóal; prueba de que la ley supone siempre que se trata de un mueble corporal. ¿Se puede, apesar de las terminos restrictivos de la ley, extender á los muebles

incorporales un texto cuyas expresiones todas suponen inmuebles corporales? Nó, si se quiere ser fiel á los principios.

Lo que condujo á la doctrina y á la jurisprudencia á dar á la ley una interpretación extensiva es que tomada á la letra sería injusta: ¿el vendedor de un crédito no lo lleva al patrimonio del deudor común? ¿Los demás acreedores no se enriquecen con la venta? y ¿se puede permitir que se enriquezcan á expensas del vendedor? Los autores del Código han limitado el privilegio á la venta de muebles corporales, si se atiende uno á los términos de la ley; pero esta restricción no tiene razón de ser; hé aquí por qué la doctrina y la jurisprudencia se separan del texto, pero al separarse de él desconocieron el principio que rige los privilegios. (1)

La Corte de Casacion es en apariencia fiel á este principio. Se funda en los textos. El art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) da el privilegio al vendedor de *efectos mobiliarios*; y el art. 535 dice que la expresión *efectos mobiliarios* comprende generalmente todo lo que se considera como *mueble*; por consiguiente, los derechos y los créditos que son muebles por determinación de la ley (art. 529). (2) La argumentación parece decisiva, lo sería si la definición del art. 535 tuviera un valor práctico; pero se sabe que las disposiciones de los arts. 533-535 son de pura teoría y que el legislador mismo no las tiene en cuenta; el argumento, que parecía tan fuerte, es en realidad muy débil; no insistimos porque esta discusión es igualmente de pura teoría; la opi-

1 Persil, Régimen Hipotecario, art. 2102, pfo. IV, núm. 4 (t. I, p. 142); Cuestiones, t. I, cap. III, pfo. V. Hay dos sentencias de la Corte de París en favor de nuestra opinión (Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 334 y 335). Mourlón las reproduce en su Examen crítico, t. I, p. 328, núm. 123; pero nuestra opinión quedó aislada en la doctrina (Aubry y Rau, t. III, p. 153, notas 57 á 60; Pont, t. I, p. 120, núm. 147), y en la jurisprudencia (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 338).

2 Casación, 28 de Noviembre de 1827 y Denegada, 2 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 338).

nión general está fijada y no tenemos la pretensión de modificarla.

475. ¿Cuál es el crédito privilegiado? Es el *precio* no pagado. Han surgido dificultades acerca del sentido de la palabra *precio* cuando se trata de ventas inmobiliarias; volveremos á este punto al tratar de los privilegios de los muebles. En las ventas mobiliarias el precio consiste en una cantidad de dinero, y es este crédito el que goza del privilegio. Cuando el vendedor persigue judicialmente el pago del precio ¿las costas y daños y perjuicios á que salga condenado el comprador estarán privilegiados? Nó, pues estas condenas no constituyen el precio; lo que es decisivo. ¿Pasa lo mismo con la pena que estuviera estipulada? Si la pena sólo comprende los daños y perjuicios el vendedor tendrá su privilegio en el precio sin poder pretenderlo en la pena, la que representa en este caso los daños y perjuicios judiciales. Pero si la pena comprende el principal y los daños y perjuicios el principal sólo estará privilegiado. (1)

476. La novación da lugar á dificultades más serias. Muy amenudo sucede que el vendedor acepta en pago pagarés subscriptos por el comprador. ¿Opera dicha aceptación una novación? Grenier y Persil admitían que había novación y que, por consiguiente, el privilegio estaba extinguido. Martou dice que esta opinión está abandonada desde hace mucho tiempo. (2) Sí, en lo que tiene de absoluto; pero esto no quiere decir que nunca haya novación cuando el precio se arregle con valores negociables. Nos trasladamos á lo dicho acerca de tan difícil materia al título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núms. 283-293).

477. El art. 20 dice que el vendedor tiene derecho al privilegio, ya sea que el comprador haya comprado al con-

1 Persil, Régimen Hipotecario, t. I, p. 143, art. 2012, pfo. 4.º, núm. 4.

2 Martou, Comentario, t. II, p. 140, núm. 470.

tado ó á plazo. No hay razón para establecer ninguna diferencia entre la venta y plazo y la venta sin plazo; desde que se debe el precio hay privilegio porque la causa del privilegio existe al ser transferida la propiedad al comprador, sin distinguir si hay ó no plazo; y desde que la venta lleva la cosa al patrimonio del deudor es justo que el vendedor goce del privilegio. Esto es tan evidente que no se comprende por qué la ley agrega estas palabras; *ya sea que él [el deudor] haya comprado á plazo ó no*. Es que la ley establece una diferencia entre el privilegio y la reivindicación; ésta sólo está permitida cuando la venta se ha hecho sin plazo, mientras que para el privilegio la ley no admite esta distinción. Más adelante diremos por qué la reivindicación no está admitida más que en la venta sin plazo; los motivos, bastante malos, no se aplican al privilegio; la preferencia está ligada á la calidad del crédito; luego desde que hay crédito del precio el acreedor no debe tener su privilegio, importando muy poco que haya concedido plazo ó no.

478. La ley exige como condición para la existencia del crédito que los efectos mobiliarios estén aún en posesión del deudor; es decir, del comprador. Esta es la aplicación del derecho común en materia de privilegios mobiliarios (número 468). Si el deudor deja de poseer la cosa la razón del privilegio cesa, puesto que no aprovecha á los demás acreedores y que, por otra parte, el acreedor no puede perseguir la cosa en manos de un tercero poseedor al no tener los muebles persecución (art. 46; Código Civil, art. 2119).

Al decir que el vendedor tiene un privilegio en el precio de los efectos mobiliarios, de los que no ha recibido el precio si dichos efectos están aún en posesión del deudor, la ley no hace más que aplicar al vendedor privilegiado un principio general aplicable á todos los privilegios; á saber: que el vendedor no puede perseguir los muebles gravados

con su privilegio cuando los tienen los terceros: no tiene derecho de persecución. La ley lo da por excepción al dador, no lo da al vendedor, y no se lo pudo haber dado porque esta derogación del derecho común habría perturbado las relaciones civiles; las compras se hacen generalmente para revender los objetos comprados; se necesita, pues, que el comprador esté al abrigo de cualquiera acción en reivindicación, sin lo que el comercio se haría imposible, puesto que nadie podría comprar con seguridad. El tercer comprador está al abrigo de la reivindicación del propietario en virtud de la máxima de que en materia de muebles la posesión vale por título; debe con mayor razón estar garantizado contra la acción que un acreedor quisiera ejercer contra él para hacer valer un simple derecho real; es con este fin con el que la ley niega toda persecución á los derechos mobiliarios (art. 46; Código Civil, art. 2119).

Pero la ley, al negar el derecho de persecución al vendedor, no entiende decir que conserva su privilegio tan largo tiempo como el comprador posea la cosa vendida. Es cierto que el texto no lo dice. El art. 20, que exige la posesión del deudor como condición para el ejercicio del privilegio, entendió limitar éste en el sentido de que no se le puede ejercer contra un tercero poseedor; pero el legislador no dijo que el vendedor podría promover contra el comprador en tanto que éste retuviera la cosa. Es un punto del todo distinto y que vamos á examinar. Importa hacer constar que este asunto no está zanjado por el texto del art. 20; la ley no lo prevee, se le debe decidir conforme á los principios generales de derecho.

479. Hé aquí la dificultad. El comprador revende la cosa, pero sin entregarla al tercero adquirente; conserva, pues, la posesión en el sentido general de la palabra, puesto que retiene la cosa. Se pregunta si el vendedor puede ejercer su privilegio en los efectos mobiliarios revendidos, pero no

entregados. La opinión común es que conserva su privilegio. Creemos que no lo puede hacer valer. La razón es que el motivo por el que la ley da el privilegio al vendedor deja de existir; el crédito del vendedor deja de tener calidad preferible á los demás créditos; luego no puede estar privilegiado con respecto á él. En efecto, si el crédito del precio está privilegiado es porque los demás acreedores aprovechan de la cosa vendida que enriquece el patrimonio del comprador, su deudor común; esto supone que el deudor es propietario de la cosa y que se halla ésta en su patrimonio; y revendió la cosa, y por el solo hecho de la reventa la cosa sale de su patrimonio para entrar en el del subadquirente; luego los acreedores del deudor no aprovechan de la cosa vendida; desde luego sería contrario á toda justicia y á todo principio que el vendedor sea preferido á su respecto; el vendedor no presta ninguna garantía, luego su crédito no tiene calidad que lo haga preferible, sólo es un simple acreedor quirografario; su privilegio se extingue con la causa que le dió nacimiento.

Se objeta que el comprador, el deudor común, siempre está en posesión; lo que basta, se dice, para que subsista el privilegio. La objeción se funda en una mala interpretación del texto y desconoce los principios que rigen la translación de la propiedad, así como los que gobiernan los privilegios. Hemos probado de antemano (núm. 478) que el art. 20 (Código Civil, art. 2102) no dice que el vendedor conserva su privilegio por tan largo tiempo como el comprador lo posea. La ley dice que el privilegio cesa cuando el comprador cesa de poseer; de aquí no se sigue que el privilegio subsiste en tanto que continúe el comprador no poseyendo sino reteniendo la cosa: argüir así es prevalecerse de una disposición que restringe el privilegio negándole el derecho de persecución para extenderlo á un caso para el que la ley no lo estableció. En efecto, la ley no da el privi-

legio al vendedor en razón de la *posesión* del comprador, lo da porque por la venta la cosa vendida entró al dominio del comprador y, por consecuencia, se convierte en prenda de sus acreedores. Es, pues, porque el comprador, deudor común, es propietario de la cosa vendida por lo que el vendedor está preferido á los demás acreedores que ejercen su derecho sobre esta cosa; no es porque el comprador la posea; mejor dicho, la retiene porque no la posee ya; solamente la retiene en nombre del subadquirente. La posesión es, por consiguiente, indiferente. Atenerse á la posesión del comprador que ha revendido para concluir que el comprador aún está considerado como propietario y para deducir que el privilegio del vendedor subsiste contra los acreedores del comprador es olvidar los principios que rigen la translación de la propiedad en el derecho moderno. La propiedad se transfiere no por la tradición sino por efecto del contrato; desde que la reventa consentida por el comprador está perfeccionada por el consentimiento de los contratantes el comprador cesa de ser propietario; la cosa sale de su dominio, los acreedores no tienen ya ningún derecho; luego pueden estar prevalecidos por el vendedor en razón de una cosa que ya no es su prenda.

¿Se objetará que la razón del privilegio subsiste apesar de la reventa, puesto que los acreedores aprovechan del precio ó del derecho al precio? La cuestión de saber en lo que se convierte el privilegio cuando el precio de la cosa revendida por el comprador aun se debe está igualmente controvertida; volveremos á ella. Por ahora supondremos que el precio está pagado. ¿Es exacto decir que en esta hipótesis la primera venta aprovecha la masa? La masa no aprovecharía sino cuando estuviera probado que el precio existía todavía en el dominio del deudor que ha revendido la cosa y que se enriqueció al recibir el precio. La ley habría podido, en esta hipótesis, conceder un privilegio al

deudor; pero ello no entra en tales distinciones; da un privilegio en la cosa vendida, lo que implica que esta cosa está aún en el patrimonio del deudor; y no lo está legalmente sino cuando el deudor la posee ó que esté pagado el precio. Fuera de estos casos la cosa no existe ya; se habría necesitado que el precio estuviese subrogado á la cosa para que el acreedor privilegiado conservara su privilegio; y la ley no establece esta subrogación y no está permitido al intérprete extender los privilegios.

Se hace una objecion más especiosa. Hemos enseñado que el dador conserva su privilegio apesar de la venta que el arrendatario ha hecho de la cosa si éste queda en posesión de la cosa vendida. Si la posesión del arrendatario (número 436) conserva el privilegio del dador aunque el arrendatario haya enajenado la cosa debe pasar lo mismo, se dice, con todo privilegio, puesto que la razón para decidir es la misma: todo privilegio está ligado á la posesión de la cosa por el deudor y no cesa más que con esta posesión. Contestamos que el privilegio del dador está fundado en un empeño tácito que el deudor ó la ley han conferido en la cosa que le sirve de prenda; y es de principio que el acreedor prendista conserve su privilegio en tanto que posea la cosa; aun cuando el deudor la enajenara el acreedor no puede reivindicar la cosa contra el acreedor prendista; la cosa que compra está gravada con un privilegio en provecho del dador, privilegio que da á éste el derecho de persecución. Qué importa, pues, que el arrendatario enajene; no puede enajenar la cosa más que gravada con el privilegio del dador. Otra cosa sucede con el privilegio del vendedor; éste no tiene el derecho de persecución; su privilegio no tiene, pues, efecto, más que con respecto al comprador; desde que el comprador cesa de ser propietario revendiendo la cosa el privilegio cesa. (1)

1 Esta es la opinión de Aubry y Rau, t. III, p. 153, nota 62, pfc. 261; est.

480. Suponemos ahora que la cosa sea removida, pero que el precio se deba en el momento en que el vendedor reclama su privilegio: ¿podrá ejercerlo sobre el precio? Esta cuestión está muy controvertida. En la opinión generalmente seguida el vendedor no puede ejercer su privilegio en el precio. (1) En nuestro concepto la opinión contraria está más conforme con los verdaderos principios. Nosotros nos fundamos todavía en los motivos que han hecho establecer el privilegio del vendedor y que lo legitiman. Lleva la cosa vendida al patrimonio del deudor común; en este sentido enriquece á los acreedores, puesto que la cosa vendida se convierte en su prenda; su crédito para el precio es más favorable que el derecho de los acreedores quirografarios sobre la cosa vendida; la justicia no permite que los que aprovechan de la cosa dejen sin ejecutar el contrato que les ha procurado la cosa (núm. 472). Estos motivos se aplican literalmente cuando la cosa está revendida y que el vendedor primitivo pide se le coloque en el precio con preferencia á los demás acreedores. Estos aprovechan, en efecto, su derecho sobre el precio, que aun se debe y que aun está en el patrimonio de su deudor; ejerciendo el derecho de prenda en el precio de reventa es justo que estén preferidos por el vendedor primitivo, es por él y por el crédito por lo que deben el precio que se convirtió en prenda suya.

Las objeciones no faltan y son serias. Acabamos de decir que el privilegio del vendedor cesa cuando el deudor ha enajenado la cosa aunque no la haya entregado; ¿si el vendedor no tiene ya privilegio con qué derecho pedirá que le coloque con preferencia en el precio de la reventa? La respuesta está en el principio mismo que se invoca contra

aislada. Véase en sentido contrario, Martou (t. II, p. 141, núm. 474). Pont (tomo I, p. 129, núm. 151) y todos los autores.

1 Martou, t. II, p. 141, núm. 475. Vallette, p. 107, núm. 86. Persil, Régimen Hipotecario, art. 2102, pfo. 4.º, núm. 1 (t. I, p. 140).

nosotros. ¿Por qué el privilegio del vendedor no se puede ejercer cuando el comprador ha revendido la cosa? Porque, en este caso, la masa no aprovecha de la venta, y no sería justo que soportase un privilegio que sólo se concede al vendedor por razón de que la masa aproveche de la venta. Lo cual implica que el precio está pagado al vendedor; luego la venta no aprovecha ya á los demás acreedores ni por razón del precio. Sucede de otro modo en el caso en que el precio de la reventa se le quede debiendo al deudor; el derecho al precio se halla en la masa, aumenta el activo, los acreedores enriquecen; luego los motivos por los que la ley privilegia el crédito del vendedor subsisten, de donde nosotros concluimos que el privilegio también debe subsistir.

El espíritu de la ley ciertamente está en favor de nuestra opinión. Queda por saber si el texto no es contrario. Se pretende. El privilegio, se dice, se ejerce en los efectos mobiliarios si aun están en posesión del deudor, y los efectos revendidos no se encuentran ya en el patrimonio del deudor; luego al privilegio le falta base, no hay objeto en el que se pueda ejercer; se extingue, por consiguiente, como derecho real cuando la cosa que afecte no existe ya, y en la especie no existe con relación al acreedor privilegiado, puesto que no puede perseguir la cosa en manos del tercer adquirente; para que pudiera ejercer su privilegio sobre el derecho al precio se necesitaría que la ley hubiera subrogado el precio á la cosa. La objeción no tiene en cuenta la naturaleza del privilegio. ¿En qué sentido el privilegio grava la cosa vendida? No es sobre la cosa sobre la que se ejerce sino sobre el precio. Pasa lo mismo con todo privilegio; la ley lo dice expresamente del privilegio que concede al crédito del dador; se ejerce *sobre el precio* de todo lo que amuebla la casa arrendada ó la granja. De este modo el privilegio no recae sobre la cosa sino para llegar al precio; poco importa, por consecuencia, que la cosa no se encuentre ya en el pa-

trimonio del dador; con tal que el precio esté en el privilegio tiene su lugar. No se debe, pues, decir, como lo dice la Corte de Nancy, que la preferencia sobre el precio no es más que un efecto del derecho sobre la cosa y que no hay preferencia posible sobre el precio cuando el derecho sobre la cosa se desvanece porque no hay efecto sin causa. (1) Esto es separar dos derechos que sólo son uno si trata de concurso de acreedores, y se debe suponer que hay concurso para que pueda tratarse de privilegio. Y cuando los acreedores concurren comienzan por realizar el haber del deudor, lo convierten en dinero; si el deudor mismo había vendido sus bienes y que se le debiera el precio ejercerían su derecho sobre el precio los acreedores privilegiados por preferencia, los acreedores quirografarios por contribución. Debe pasar lo mismo cuando el deudor ha enajenado un objeto gravado con un privilegio; el derecho al precio se halla en su patrimonio; los acreedores quirografarios, esto es incontestable, ejercen sus derechos sobre este crédito; desde luego deben sufrir la preferencia del acreedor privilegiado que se les ha procurado.

Se ha hecho otra objeción. (2) Cuando los muebles del deudor se han vendido públicamente y en remate por el síndico de una quiebra, por un heredero beneficiario ó un curador, se conviene que los acreedores quirografarios deban sufrir el privilegio del vendedor; están bajo el imperio del derecho común, puesto que su derecho se ejerce también por vía de embargo y de venta pública. Pero si el deudor mismo los vende sus acreedores no gozan ya de la garantía que ofrece la publicidad y la afluencia de los postores. La objeción es de una debilidad extrema y atestigua en el fondo en favor de nuestra opinión. El precio más ó menos subido en el que se vendió la cosa es un puro accidente; si el pre-

1 Nancy, 2 de Marzo de 1850 [Daloz, 1850, 2, 122].

2 Valette, Privilegios, p. 106 y siguientes, núm. 86.

cio de una venta hecha amigablemente es muchas veces menor puede también ser más subido que el que se obtiene en remate. ¿Pero qué importa? Se tratar de saber si el precio, cualquiera que sea, es el objeto del privilegio como es la prenda de los acreedores quirografarios. Si se responde afirmativamente en el caso en que los efectos mobiliarios se vendan en remate se confiesa por esto que el precio reemplaza la cosa, si la confesión es decisiva contra la opinión que combatimos, porque si el vendedor puede ejercer su privilegio en el precio de la cosa vendida en remate esto prueba que la venta no le quita su derecho y que entre acreedores el precio reemplaza la cosa. Desde luego no hay razón para negar al vendedor la promoción contra el precio que proviene de una venta voluntaria.

Lo que engañó á los partidarios de la opinión contraria es que el privilegio del vendedor no puede ejercerse cuando el deudor ha enajenado la cosa y que el precio se ha pagado; han concluido que la enajenación extingue el privilegio y que, por consiguiente, no se puede tratar de ejercerlo sobre el precio. Sia duda la enajenación extingue el privilegio en el sentido de que el acreedor privilegiado no puede promover contra el tercer poseedor, no tiene el derecho de persecución; pero en la especie el vendedor no ejerce ningún derecho de persecución, la reventa subsiste, el tercero adquirente no fué vencido; solamente que en vez de pagar su precio á su autor, es decir, al deudor, cuyos bienes se han distribuido á sus acreedores, paga á éstos y por orden, puesto que presenta un acreedor privilegiado. El debate está, pues, exclusivamente entre los acreedores, los terceros no están en causa ni, por consiguiente, el derecho de persecución. El vendedor no ejerce su privilegio contra el subadquirente, lo ejerce contra los acreedores del comprador: y éstos no pueden decirle que su privilegio en la cosa está extinguido por la venta, porque apesar de ella ejercerá su derecho en el

precio, y si el precio es su prenda debe también serlo del vendedor, salvo que á su respecto es una prenda privilegiada. (1)

481. Se ha preguntado si las partes podían derogar los principios que rigen los derechos del acreedor privilegiado con respecto á los terceros. Hay acerca de este punto una excelente sentencia de la Corte de Casación pronunciada en el informe de Laborie. Una acta de venta decía que el vendedor podría hacer valer su privilegio aun contra los cesionarios del comprador. Estos sostuvieron que esta cláusula era nula y no les podía ser opuesta. Se trataba de la venta de un corte de madera. Los adquirentes podían carbonizar la leña en su lugar; el vendedor estipulaba que tendría el derecho de promover solidariamente contra los adquirentes y simultáneamente contra los cesionarios. Se reservaba todo privilegio en la leña vendida, y aun la facultad de retener donde se hallara la parte de esta leña que estuviera ya explotada. Además, los adquirentes tomaban el compromiso, si cedían sus mercados á terceros, de imponer á estos últimos las condiciones que resultaban de la venta. La explotación comenzó por los adquirentes, después la continuó un dueño de herrerías, al que los adquirentes habían dado la leña. Estos quebraron, el vendedor quiso ejercer su privilegio en la leña labrada ó por quemar no levantada, pero siguió á los adquirentes y al subadquirente. Su demanda fué acogida por la Corte de Limoges. En el recurso recayó una sentencia de casación. ®

La Corte comienza por recordar el principio de que el derecho de privilegio está subordinado á condiciones legales, las que no se pueden derogar ni suplir con estipulaciones particulares. Hemos establecido este principio al exponer las

1 Aubry y Rau, t. III, p. 154, nota 63, pfo. 261. Mourlón, Examen crítico t. I, p. 311, núm. 119. Pont, t. I, p. 124, núm. 149. Compárese París, 8 de Febrero de 1834 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 338, 1.º): Bruselas, 3 de Junio 1848 (Pasieris, 1849, 2, 161).

nociones generales acerca de los privilegios (núm. 306). Y la ley no atribuye el privilegio al vendedor más que á condición de que los objetos estén aún en poder del deudor. En el caso el subadquirente había ofrecido probar que había tomado posesión del monte por sus obreros ó transportando á su fragua leña ya convertida en carbón, ó bien disponiendo de la que debía sufrir la misma transformación en el lugar destinado á este uso. En lugar de acoger esta prueba, que era decisiva, la Corte de Limoges aplicó al adquirente la cláusula del acta de venta que permitía al vendedor promover contra los concesionarios de los adquirentes. Esto era violar la ley que declara que el privilegio no puede ejercerse contra un tercer poseedor. Para dar acción al vendedor contra el subadquirente hubiera sido necesario una convención expresa que subrogase al tercer adquirente á todos los compromisos de los mismos adquirentes hacia el vendedor; y los terceros no se habían comprometido hacia el vendedor. ¿Con qué derecho, pues, la sentencia atacada daba acción al vendedor contra éste? Invocaba la cláusula que decía que el adquirente, al ceder su trato, debía imponer al subadquirente las condiciones de la primitiva venta. Pero esta cláusula no obligaba al tercero. Ni siquiera se alegaba que tuviera conocimiento de esto. Aunque lo hubiera sabido una convención á la que era extraño no podía tener efecto para con él, no pudiendo nadie estar obligado sin su consentimiento. (1)

482. ¿Conserva el vendedor su privilegio si los compradores forman sociedad entre sí para la explotación del fundo de comercio de que es objeto la venta? Fué sentenciado que el privilegio del vendedor subsistía, puesto que los compradores no habían dejado de poseer la cosa vendi-

1 Casación, 4 de Agosto de 1852 (Daloz, 1852, 1, 297).

da. (1) El motivo para decidir no es perentorio (número 479); la cuestión está en saber si la puesta en sociedad de la cosa vendida implica una enajenación en favor de terceros. En la opinión generalmente admitida la sociedad es una persona civil; ella es, pues, propietaria; y, por tanto, habría que decidir que habiendo transmitido los compradores la propiedad de la cosa vendida á un tercero, el privilegio del vendedor queda extinguido. La dificultad ni siquiera fué presentada ante la Corte. En nuestra opinión la solución es dudosa. La sociedad son los socios; éstos continúan siendo propietarios y poseyendo, y el vendedor se encuentra en las condiciones requeridas por la ley para ejercer su privilegio.

483. ¿Pierde el vendedor su privilegio cuando el comprador empeña el mueble? En nuestro concepto lo conserva. Es seguro que el comprador permanece propietario de la cosa que empeña á su acreedor, y es también seguro que conserva la posesión de la cosa, pues la posee, como dice Valette, bajo el punto de vista de su derecho de prenda. Luego el vendedor se encuentra en las condiciones requeridas por la ley para el ejercicio del privilegio. Pero como el acreedor prendista también tiene privilegio hay conflicto entre ambos acreedores privilegiados; ¿cuál prevalecerá otro? El art. 23 de nuestra ley contesta á la pregunta y confirma lo que acabamos de decir, pues implica que el vendedor conserva su privilegio. Creemos inútil entrar en la controversia que Troplong ha suscitado acerca de nuestra opinión; los lectores que quieran tener una idea del modo académico del autor no tienen más que leer lo que ha dicho de la posesión del prendista y del comprador, así como la refutación que hizo Merlin en su *Examen Critico*. (2). La

1 París, 4 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1874, 2, 24).
2 Valette, ps. 105 y siguientes, núm. 85 y todos los autores, excepto Troplong, núm. 151, refutado por Mourlón, *Examen crítico*, p. 305, núm. 118.

crítica es amenudo fuerte, pero también es merecida, pues el autor se complace tanto con sus frases de académico que acaba por tomarlas por argumentos de derecho. Esto se dirige á nuestros jóvenes lectores.

484. El vendedor puede también encontrarse en conflicto con el dador. ¿Quién prevalecerá? Nuestra ley decide la dificultad; volveremos á ello al tratar del lugar de los privilegios mobiliarios.

485. ¿Para que el vendedor pueda ejercer su derecho de privilegio es necesario que la cosa vendida se encuentre en el mismo estado que cuando la entrega? La ley (art. 20) exige esta condición para el ejercicio del derecho de reivindicación que da al vendedor; se pregunta si lo mismo pasa con el privilegio. Si nuestra cuestión pudiera decidirse en teoría creemos que habría que aplicar el mismo principio al privilegio y á la reivindicación. En efecto, el privilegio es un derecho real que grava la cosa y que supone, por consiguiente, la persistencia de la cosa gravada. Por esto es que el privilegio cesa cuando el objeto mobiliario en el que versa se convirtió en inmueble por destino, aunque la cosa vendida exista tal como era cuando la venta. Lo mismo debiera ser si la cosa vendida cambiara de estado; es decir, de especie; la nueva especie que fué formada transforma la cosa vendida jurídicamente, la cosa no es la misma; luego el objeto mueble que era gravado del privilegio no existe ya; por tanto, el privilegio queda extinguido. La ley lo dice para la reivindicación, debiera decirlo con más razón para el privilegio, pues en nuestro derecho moderno la reivindicación del vendedor no es ya el ejercicio del derecho de propiedad, es una simple medida conservatoria, un embargo en la cosa con objeto de resguardar los derechos del vendedor; es, pues, una dependencia del privilegio, y no se ve por qué un acto que sólo tiende á conservar el privilegio no pudiera ya ejercerse en la co-

sa cuando el ejercicio del privilegio es aún posible. Tal es, sin embargo, el sistema del Código para el privilegio, no prescribe ninguna condición referente al estado de la cosa vendida, mientras que exige que la cosa esté en el mismo estado que cuando la venta para que el vendedor pueda reivindicarla.

Creemos que el legislador hizo bien en apartarse de la sutileza del derecho para el ejercicio del privilegio. ¿Cuál es el fundamento del privilegio que la ley concede al vendedor? Enriquece el patrimonio del deudor común; es, pues, justo que se le pague de preferencia á los á quien enriquece. ¿Y los enriquece menos cuando la cosa cambió de estado? La cosa, á consecuencia del cambio, puede disminuir ó aumentar de valor. Tengo como vendedor un privilegio en un barco y éste queda destruido por una tempestad, pero quedan materiales. ¿Tengo perdido mi privilegio? Según la naturaleza del derecho sí, puesto que ya no hay barco, y mi privilegio reinaba en un barco. Pero la respuesta es enteramente otra si consultamos la justicia y la equidad en que descansa el privilegio del vendedor. ¿No aprovecha la masa de las rentas del barco? Evidentemente, puesto que hacen parte del patrimonio que es su prenda. Luego la causa de mi privilegio subsiste y debo tener el derecho de ejercerlo en los materiales, si no los demás acreedores se enriquecerían á mis costas. La cosa puede también aumentar de valor por la transformación que sufre. Vendo un block de mármol; el comprador hace una estatua con él; según la sutileza del derecho la cosa vendida no existe ya, pues no vendí una estatua. ¿Pero qué importa? He puesto en el patrimonio del deudor un valor que aún está en él, pues la estatua no existiría sin el block que ministré. La masa aprovecha, pues, desde luego mi privilegio, tiene una causa; se entiende que sólo podré ejercerlo

hasta concurrencia del valor que el mármol representa en la estatua, pues es este valor el que puse en la masa.

486. Síguese de esto que el privilegio subsiste aunque la cosa vendida no estuviera en el estado que tenía cuando la venta. Acerca de este punto no puede haber duda. Las condiciones de los privilegios, como los mismos privilegios, son de estricta interpretación; nada se puede quitar ni agregarles. Y la ley no prescribe que la cosa deba estar en el mismo estado; luego esto no es una condición del privilegio. Queda una dificultad. El privilegio se ejerce en el precio de una cosa indeterminada, la que es objeto de la venta; es, pues, necesario que el vendedor pruebe que esta cosa existe aún en el patrimonio del comprador. Esta es una condición que cualquier acreedor *privilegiado en determinados muebles* debe cumplir; es necesario que estos *determinados muebles* puedan ser reconocidos, puesto que es en el precio de ellos en el que el acreedor ejerce su privilegio. Si la identidad no puede ser demostrada el ejercicio del privilegio se hace imposible. Se ha ido más allá. Durantón aplica á la conservación del privilegio las distinciones que los arts. 570 y 571 establecen en materia de especificación para determinar á quién pertenece la nueva especie: al dueño de la materia ó al obrero. (1) Esto es confundir dos órdenes de ideas enteramente distintas. Cuando se trata de especificación no hay ninguna relación jurídica entre el obrero y el dueño de la materia; mientras que, en caso de venta, el vendedor tiene un privilegio fundado en un contrato y en la ley que privilegia su crédito; este privilegio versa en objeto determinado y debe subsistir mientras subsiste el objeto (núm. 485); debe, pues, apartarse la argumentación analógica, puesto que no hay analogía.

Troplong tiene otro sistema tomado de Cujas, el que lo

1 Durantón, t. XIX, p. 172, núm. 124. En sentido contrario, Pont t. I, página 132, núm. 153.

establece igualmente en materia de especificación; lo que basta para desecharlo, puesto que nada hay de común entre la especificación y el privilegio del vendedor. Creemos inútil combatir esta opinión; la refutación ha sido hecha magistralmente. (1) Y aunque hubiera analogía habría aún que desechar una doctrina que conduce á prescribir, para el ejercicio del privilegio, condiciones que la ley ignora. Todo cuanto permiten exigir la ley y los principios es que el vendedor que reclama un privilegio en determinado inmueble pruebe que este inmueble existe en el patrimonio del deudor, cualquiera que sea, por lo demás, el estado de la cosa.

La jurisprudencia se pronunció en este sentido. Venta de un corte de madera á un dueño de fraguas. La leña fué cortada; una parte quedó en pie quitada la corteza; otra fué reducida á carbón. Después el comprador cayó en quiebra. Los vendedores reclaman su privilegio; sucumben en primera instancia. El tribunal había decidido conforme á las reglas del derecho mercantil, aunque los vendedores no fuesen comerciantes; la Corte de Apelación reformó la decisión. Se objetaba que la cosa vendida había cambiado de estado. Poco importa, dijo la Corte de Lieja, puesto que el carbón representa la madera objeto de la venta; mejor dicho, la cosa vendida existía, aunque transformada. (2)

La Corte de Nancy ha sentenciado igualmente que el privilegio del vendedor puede ejercerse aunque los objetos vendidos hayan sido desnaturalizados cuando consta la identidad de la cosa; (3) y la Corte de Rouen ha aplicado el principio á un fondo de comercio con clientela, agregándole una condición: que la identidad de los objetos muebles con

1 Troplong, núms. 109 y siguientes, refutado por Mourlón, Examen crítico, t. I, p. 128, núm. 64.

2 Lieja, 20 de Diciembre de 1820 [Pasicrisia, 1820, p. 269].

3 Nancy, 28 de Diciembre de 1829 (Daloz, en la palabra Quiebra, número 1036, 3.º).

los que habían sido objeto de la venta estaba comprobada. (1)

487. ¿Puede ejercerse el privilegio del vendedor cuando los efectos muebles han sido immobilizados por el comprador? Ya hemos dicho que la misma cuestión se presenta para el privilegio de los gastos de conservación (núm. 470). Bajo el imperio del Código Civil había controversia; la dificultad fué levantada por la nueva ley. Esta decide que el privilegio de los gastos de conservación y el del vendedor cesan de tener efecto si los objetos muebles se convirtieron en inmuebles por destino ó incorporación. La razón es que, en este caso, los objetos gravados por el privilegio no existen ya, se han convertido en inmuebles. Tal es el motivo jurídico. Se podría decir que es una sutileza, cuando menos para los inmuebles por destino agrícola ó industrial; la immobilización sólo es una ficción en este caso, puesto que los objetos muebles conservan su individualidad y no se confunden con los inmuebles en que están colocados para un servicio agrícola ó industrial. Sin embargo, era imposible considerar una sola y misma cosa como inmueble á la vez que como mueble; el principio jurídico tenía, pues, que prevalecer. Además el derecho está, en este punto, de acuerdo con el interés de los terceros. Los acreedores hipotecarios cuentan con el valor antiguo del fundo gravado por su crédito; se les engañaría si unos acreedores privilegiados vinieran á quitarles una parte de la prenda especial en fe de la que han tratado con el propietario.

De que el interés de los acreedores hipotecarios está comprometido en este debate se tomó en consideración por el legislador para decidir que la immobilización hace cesar el privilegio; no debe concluirse que el vendedor, así como el acreedor de los gastos de conservación, conservan su privilegio para con los acreedores quirografarios. La ley dis-

¹ Rouen, 23 de Agosto de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 354).

pone, en términos absolutos, que el privilegio establecido por los núms 4 y 5 *dejará de tener efecto*; ¿y para con quiénes tiene efecto? Es un privilegio mobiliario y estos privilegios sólo tienen efecto para con los acreedores quirografarios; la ley decide, pues, terminantemente que los gastos de conservación y el precio de la venta no gozan ya de un derecho de preferencia. De esto se sigue que si hay acreedores quirografarios el vendedor y el acreedor de los gastos de conservación no gozan de un derecho de preferencia en los muebles, puesto que los objetos muebles en los que tenían privilegio no existen ya; ni en los inmuebles, puesto que su privilegio no es inmobiliario; esto no es justo, pues el valor de las cosas que fueron convertidas en inmuebles subsiste en el patrimonio del dador; y puesto que el conflicto sólo tiene lugar entre acreedores quirografarios los que han enriquecido á la masa por sus trabajos ó con valores que pusieron en ellos deberían ser preferidos á los demás acreedores. La ley lo decidió de otro modo.

488. La ley admite una excepción al principio que establece. «Salvo, dice el art. 20, cuando se trata de máquinas y aparatos empleados en los establecimientos industriales.» Aunque estas máquinas y estos aparatos sean inmuebles por su destino, y que hasta pueden serlo por su incorporación, el privilegio del vendedor, así como el del obrero, para los gastos necesarios no se extingue por la immobilización. ¿Cuál es la razón de esta excepción? El interés de la industria lo exigía. La propiedad de un establecimiento industrial depende de la perfección de la maquinaria; era, pues, necesario facilitar á los fabricantes los medios de procurarse las mejores máquinas y conservarlas; y el medio más eficaz consiste en asegurar á los vendedores y á los acreedores el pago de sus créditos manteniendo su privilegio apesar de la immobilización.

Sin embargo, el privilegio no queda mantenido para

siempre; es decir, por todo el tiempo en que el vendedor ó el maquinista no han sido aún pagados; la ley dispone que el privilegio está mantenido durante dos años á partir de la entrega. ¿Por qué está limitado el privilegio á dos años cuándo el crédito no pagado sólo se extingue por la prescripción de treinta años? El legislador, ya lo hemos hecho notar, trata de conciliar los diversos intereses que están en conflicto en materia de privilegios. La ley deroga el derecho común en favor de aquellos que ministran ó conservan las máquinas; esta derogación tiene por objeto asegurarles el pago; y el crédito que el vendedor y el acreedor dan al fabricante no dura treinta años; dando al privilegio una duración de dos años el legislador se fija en los usos del comercio; toca al acreedor privilegiado reclamar su pago dentro de este plazo; es necesario que su negligencia no perpetúe su privilegio en perjuicio de los demás acreedores, quienes estarían engañados si fueran prevaletidos por privilegios contrarios al derecho común, á los que deben esperarse los terceros.

489. La ley garantiza también el interés de los terceros, aun en los límites del privilegio así reducido á plazo corto, subordinando su mantenimiento á la publicidad. Hé aquí, pues, un privilegio mobiliario que, por excepción á la regla, debe hacerse público. La excepción entra en el derecho común en el sentido de que tiene por objeto avisar á los terceros acreedores hipotecarios que existe un privilegio que prevalecerá al suyo en el precio del inmueble hipotecado por el precio de las máquinas y los gastos de conservación de las mismas, créditos amenudo muy considerables, cuyo monto tiene interés en conocer exactamente. El art. 20 dice á este respecto: «El privilegio, no tendrá efecto más que en tanto que en los quince días de la entrega el acta en que consta la venta sea transcripta en un registro especial llevado en la Secretaría del Tribunal de Comercio.» Estas

formas son limitación de las que la ley prescribe para que la venta de inmuebles pueda ser opuesta á los terceros. Pero hay diferencias considerables entre la transcripción del art. 1.º y la transcripción del art. 2.º La transcripción está requerida en general para que las actas translativas de derechos reales inmobiliarios puedan ser opuestas á los terceros. En el caso no se trata de la venta de la máquina es válida según el derecho común; se trata de un privilegio del vendedor cuya publicidad prescribe la ley. Los privilegios inmobiliarios se conservan por la inscripción, salvo ciertos privilegios, especialmente el del deudor, que se conservan por la transcripción del acta en que consta la existencia del crédito privilegiado. Es esta forma lo que aceptó la ley para la publicidad de la venta de máquinas. Pero la transcripción no se hace en el registro que se lleva al conservador de las hipotecas; es en la Secretaría del Tribunal de Comercio donde se transcribe el acta en un registro destinado á esto especialmente. La razón es que el privilegio permanece mobiliario aunque se ejerce en muebles inmovilizados; y los registros del conservador sólo comprueban derechos inmobiliarios.

Además se trata de un comerciante y de acreedores, que también son comerciantes, y éstos tienen más relaciones con el Tribunal de Comercio que la conservación de hipotecas; el registro llevado en la secretaría de los tribunales consulares procura, pues, mayor publicidad que la transcripción que se hiciera en la oficina del conservador de hipotecas.

Hay todavía otra diferencia entre ambas clases de transcripciones. Cuando es una venta inmobiliaria la que debe ser transcripta la ley no admite más que actas auténticas. El art. 20 no habla de las formas de las actas, se atiene al derecho común; es decir, que una acta privada basta; pero es necesario una acta, puesto que sin ella es imposible operar

una transcripción, pues transcribir es copiar. Entre comerciantes la correspondencia sirve de prueba; esta sería insuficiente para la transcripción, pues las cartas no son actas y la ley exige una acta.

La ley no dice que el acta de venta debe contener la mención de que el precio se debe como lo exige para la conservación de los privilegios inmobiliarios. Siendo todo de rigor en esta materia hay que decir que esta mención no tiene que hacerse. Hay además una razón que explica la diferencia entre la transcripción ordinaria y la del art. 20. La transcripción de las actas translativas de propiedad inmobiliaria tiene un doble objeto y un doble efecto, hace propietario al comprador para con los terceros, poco importa que el precio esté ó no pagado; después conserva el privilegio del vendedor, así como su derecho de resolución. No pasa lo mismo con la transcripción del acta de venta de una máquina; sólo tiene un objeto, el de hacer público el privilegio del vendedor; y el privilegio no es más que el accesorio del crédito; al transcribir el acta de venta el vendedor hace conocer á los terceros que tiene un privilegio, puesto que la transcripción no tiene otra razón de ser; inútil agregar que el precio se debe; si estuviera pagado el vendedor mucho se cuidaría de hacer gastos inútiles de transcripción; y si tratara de mala fe se expondría á daños y perjuicios como autor de un hecho perjudicial.

Se presenta una leve dificultad en la aplicación de estos principios á los gastos de conservación. La ley pone este crédito en la misma línea que el precio de venta; el privilegio que lo garantiza se conserva igualmente á condición de ser publicado. Pero al organizar la publicidad la ley sólo habla del *acta de venta*, no dice cuál es el acta que debe ser transcrita cuando se trata de gastos de conservación. Hay que decidir por analogía que el acreedor debe mandar transcribir el acta en que consta su crédito; una acta es, pues,

necesaria para la conservación del privilegio, pues no puede haber transcripción sin acta.

490. La transcripción es necesaria para que el privilegio tenga efecto. Estos son los términos de la ley. El privilegio no transcrito no tiene efecto. Hay que agregar que la transcripción debe hacerse en los quince días de la entrega, y el plazo es fatal. Si el acta no está transcrita en este plazo el privilegio se extingue. El interés de los terceros exigía este rigor. Si no hay transcripción en el plazo legal tienen que creer que el acreedor privilegiado está pagado y que su privilegio está extinguido ó que lo renuncia. Por consiguiente, pasado el plazo pueden tratar con toda seguridad con el fabricante. Este es el motivo por el que la ley prescribe un plazo tan corto.

491. Esto supone que el privilegio es público. La ley prescribe la publicidad; según el art. 20 el Secretario del Tribunal de Comercio está obligado á dar á conocer la transcripción á todas las personas que lo pidieran. Si ninguna acta fué transcrita el Secretario expedirá un certificado en que conste que ninguna transcripción ha sido hecha en favor de un crédito privilegiado. Con el fin de que los interesados sepan á qué secretaría deben dirigirse para conocer la transcripción la ley determina el tribunal en cuya secretaría debe hacerse: es en el tribunal de la jurisdicción en que se halla el domicilio del deudor; en efecto, los terceros tratan con el deudor; es, pues, natural que se dirijan al tribunal de su domicilio, pues allí es donde se interesan las acciones contra el deudor. Si éste es extranjero puede no tener domicilio en Bélgica; en este caso la transcripción se hará en el tribunal en cuya jurisdicción tiene el deudor su residencia.

Los terceros tienen también grande interés en saber si la transcripción ha sido hecha en el plazo legal, puesto que

hecha después de fenecido el plazo es inoperante. Cuando hay contestación en este punto de saber si el acta fué transcrita en los quince días de la entrega la prueba incumbe al acreedor; tiene que probar que el derecho que pretende ejercer ha sido conservado; le toca, pues, probar que mandó transcribir el acta en los quince días de la entrega. La ley indica un medio muy fácil de dar esta prueba: son los libros del vendedor, y por analogía los del acreedor de los gastos de conservación. El art. 20 añade: salvo prueba contraria, esto es de derecho común.

492. El privilegio sólo se conserva durante dos años á contar desde la transcripción. Hay casos, sin embargo, en los que el privilegio puede ejercerse después de este plazo. La ley contiene á este respecto la siguiente disposición: «En caso de embargo inmobiliario practicado en máquinas y aparatos ó de quiebra del deudor declarada antes de la expiración de los dos años el privilegio continuará subsistiendo hasta después de la distribución del dinero ó liquidación de la quiebra.» El deudor cae en quiebra civil ó mercantil durante el plazo de dos años; por consiguiente, en un momento en que el privilegio del acreedor subsiste; desde aquel momento el derecho de preferencia queda adquirido al acreedor, puesto que puede ejercer su derecho inmediatamente; el deudor perdió su beneficio de plazo por razón de su insolvencia comprobada; por tanto, la situación del acreedor privilegiado está fijada, su derecho queda adquirido. Esto es el derecho común en caso de quiebra del deudor; los acreedores pueden ejercer los derechos que tenían cuando la declaración de quiebra. Cuando el deudor cae en quiebra civil ó mercantil el acreedor tiene igualmente un derecho adquirido, pues en aquel momento es cuando se realiza el derecho de prenda de los acreedores en los bienes del deudor común y que cada uno ejerce sus derechos según la naturaleza de su crédito. Poco importa, pues, que la liquida-

ción no se termine en el plazo de dos años; las moras de las vías judiciales no pueden perjudicar á los acreedores privilegiados; éstos tienen que obtener cuando la liquidación lo que hubieran obtenido cuando la quiebra si los derechos de los acreedores hubieran podido ser liquidados inmediatamente. (1)

493. Para completar esta materia transcribiremos el artículo 546 de la ley de 18 de Abril de 1851 acerca de las quiebras: «El privilegio y el derecho de reivindicación establecidos por el núm. 4 del art. 2102 (Ley Hipotecaria, artículo 20, 5.º) en favor del vendedor de objetos muebles, así como el derecho de resolución, no se admitirán en caso de quiebra.» La ley hace excepción en favor de los *abastecedores* de máquinas empleadas en los establecimientos industriales, bajo la condición de que el privilegio será hecho público. Es esta excepción la que los autores de la Ley Hipotecaria han admitido como derecho común en materia civil.

Núm. 2. Del derecho de reivindicación.

494. El art. 20 dice: «Si la venta fué hecha sin plazo el vendedor puede hasta *reivindicar* los objetos vendidos que se hallan en posesión del comprador é impedir su reventa siempre que la reivindicación se haga en los otros días de la entrega.» ¿Qué es el derecho de reivindicación? La cuestión ha sido objeto de largas controversias. Es seguro que la palabra *reivindicar* no está empleada aquí en su sentido propio; y el vendedor ha dejado de ser propietario desde el momento en que la venta se formó por el consentimiento de las partes contratantes; es el comprador quien se convirtió en propietario desde aquel instante; ¿y el que no es propietario puede reivindicar contra quien lo es? Sin em-

1 Véase en esta materia Martou, t. II, p. 147, núms. 480 á 484. Delebecque, Comentario legislativo, p. 116, núms. 124 y 125. Cloes, Comentario de la ley de 1851, t. I, p. 307, núms. 534 á 540.

bargo, esta extraña doctrina ha encontrado defensores. Troplong ha sostenido que la venta estaba resuelta de plano en el caso previsto por el art. 2102 (Ley Hipotecaria, art. 20) y que, por consiguiente, el vendedor podía reivindicar la cosa. La opinión de Troplong permaneció siempre aislada, fué combatida y refutada por todos los autores. Creemos inútil renovar el debate. Basta observar que el mismo texto del Código rechaza la interpretación que se le quiso dar. La ley no dice palabra de la pretendida resolución de derecho pleno que Troplong ha imaginado; tampoco implica esta resolución que no tiene ninguna razón de ser. ¡Cosa singular! La ley dice cuál es el objeto de la reivindicación: es *impedir la reventa*. ¿Qué interés tiene el vendedor en impedir que el comprador revenda? Esto supone que la venta subsiste; si la venta estuviera resuelta de plano el comprador, no siendo ya propietario, no tendría el derecho de revender. Es porque la venta subsiste y que el comprador, permaneciendo propietario, tendría el derecho de revender la cosa por lo que el legislador hubo de dar al vendedor un medio de impedirlo. En efecto, sin el derecho de reivindicación todas las garantías que la ley da al vendedor no pagado se vuelven ilusorias. Tiene el derecho de promover la resolución de la venta, pero este derecho no puede ejercerse contra el comprador; si éste revende el vendedor no tiene ninguna acción contra el subadquirente, y su acción contra el adquirente es ilusoria, puesto que se le supone en quiebra; es, pues, necesario impedir que el comprador revenda para que el derecho de resolución sea eficaz. El vendedor tiene otro privilegio todavía; en lugar de pedir la resolución de la venta puede perseguir la ejecución reclamando el precio de preferencia á los demás acreedores; pero el privilegio también sólo puede ejercerse si el comprador permanece en posesión; en nuestra opinión basta aún que haya reventa para que el privilegio se desvanezca

(núm. 479); debe, pues, impedirse al comprador revender para que el privilegio sea eficaz. Así el derecho que tiene el comprador en su calidad de propietario para revender la cosa compromete todas las garantías que la ley da al vendedor; era necesario una sanción para estas garantías: ésta es la reivindicación.

495. Se dirá que esta interpretación generalmente admitida hoy está en oposición con el texto. La ley dice que el vendedor puede reivindicar; la reivindicación implica que el que la ejerce es propietario; y en nuestra opinión no lo es; no reivindicar, embarga la cosa y la devuelve á su posesión para impedir que el comprador la revenda, á reserva de ejercer después uno de los derechos que le da la ley, el de resolución ó el derecho al precio con privilegio. ¿Qué nos autoriza á dar este sentido á la palabra *reivindicar*? Contestamos: el texto y los principios. El art. 20 emplea igualmente la palabra *reivindicación* para calificar el derecho de embargo que tiene el dador ó el derecho de persecución que tiene contra un tercero adquirente. Es evidente que el dador no puede *reivindicar* objetos muebles que no le pertenecen, que hasta pueden pertenecer al arrendatario; la palabra *reivindicar* es, en este caso, sinónima de la palabra *embargar* que la ley emplea igualmente para calificar el derecho del dador. Pues bien, habiendo empleado en el núm. 1 del art. 20 la palabra *reivindicar* para designar el derecho de embargo era natural que el legislador la emplease en el núm. 5 para designar el derecho de embargo del vendedor. Hay además una razón histórica que explica esta expresión y que explica el error de Troplong: es la tradición romana. En derecho romano el vendedor permanecía propietario cuando la venta se hacía con plazo; podía, pues, si el comprador no pagaba, reivindicar la cosa; este derecho de reivindicación hacía inútil cualquiera otra garantía; por esto el vendedor no tenía privilegio ni derecho de

resolución. En la teoría del Código la propiedad está transferida al comprador, que la venta sea con plazo ó no; eran necesarias otras garantías para el vendedor no pagado: la ley le dió el derecho de resolución y el privilegio. Pero estas garantías pueden ser ineficaces cuando el comprador revende, y estará tentado de hacerlo, cuando quiebra, para procurarse recursos; el vendedor está, pues, en peligro de perder la cosa y el precio; la ley viene á su auxilio dándole el derecho de reivindicar la cosa vendida; es decir, de embargarla con el fin de impedir que el comprador la revenda.

496. El derecho de embargo que la ley da al vendedor está en armonía con los principios, mientras que la reivindicación tal como Troplong la imaginó sería una anomalía inexplicable. Hay una venta sin plazo, el comprador es propietario, pero no puede forzar al vendedor á hacerle la entrega, á no ser que le pague el precio (art. 1612); el vendedor puede, pues, retener la cosa hasta que el comprador le pague; este derecho de retención es una garantía contra el derecho de reventa que tiene el comprador; bien puede revender, pero no podrá entregar la cosa; y el subadquirente no tiene el derecho de reivindicarla contra el vendedor, puesto que no se reivindicán las cosas muebles. Si el vendedor que no tiene obligación de entregar la cosa al comprador la entrega, sin embargo, la ley le permite, cuando tiene peligro de perder la cosa y el precio, recobrar la posesión de la cosa vendida, permaneciendo enteros los derechos de las partes, la venta subsiste, el comprador permanece propietario, el vendedor puede promover la resolución ó el pago del precio.

Decimos que en el sistema de Troplong todo se vuelve inexplicable. Hay venta, translación definitiva de la propiedad, entrega de la cosa. El comprador no paga y cae en quiebra. La venta, se dice, está resuelta de plano. ¿Por qué? Se buscaría la razón en vano. Todo cuanto dice la ley en el título

De las Obligaciones y en el *De la Venta* es que el comprador que cae en quiebra civil pierde el beneficio del plazo; cuando la venta fué hecha sin plazo y que el vendedor tuvo la imprudencia de entregar la cosa no le queda más que promover la resolución ó ejercer su privilegio. Pero estas garantías pueden también convertirse en ilusiones. ¿Es esta una razón para resolver la venta de plano? Esto sería una derogación que no tendría razón de ser. En efecto, el vendedor puede tener interés en mantener la venta ejerciendo su privilegio; ¿con qué derecho le quitaría la ley una facultad que le viene de su contrato? Hay un medio más sencillo de darle plena garantía: esto es permitirle embargar la cosa para recobrar la posesión que tuvo la imprudencia de abandonar al comprador. El embargo deja todos los derechos intactos, mientras que la resolución de plano anota el contrato sin ninguna razón.

497. Hay un último argumento en favor de la opinión común, y es decisivo. La tradición romana extravió á Troplong y, sin embargo, esta misma tradición debiera haberle advertido que se equivocaba; no se explica el Código Napoleón por el derecho romano cuando el legislador francés ha derogado el derecho de Roma. Hay otra tradición que debía consultarse, es la nuestra, mucho más que la de los jurisconsultos romanos: es la tradición de las costumbres. ¿Qué dice Demoulin, el oráculo del derecho de costumbres, el verdadero autor del Código Civil? La costumbre de París decía (art. 194): «El que vende una cosa mueble sin plazo fijo esperando que se le pague pronto puede perseguir su cosa, en cualquier lugar en que esté, para que se le pague del precio de la venta.» Dumoulin hizo la siguiente observación acerca de estas últimas palabras: «Y para recobrarla y permanecer en posesión de ella hasta que se le pague.» Todos los comentadores de la costumbre reproducen esta nota; explican el origen y el objeto de la reivindicación.

ción. No se trata de resolver la venta ni de reivindicar la propiedad. El vendedor enajena para percibir el precio; pero para estar seguro de percibirlo es necesario que pueda *recobrar y rehacerse* de la cosa que entregó al comprador *con la esperanza de ser prontamente pagado*; si esta esperanza se desvanece arriesga perder su cosa y el precio. La costumbre viene en su auxilio, pero mucho se cuida de resolver la venta: da al vendedor el medio de que se le pague; agregamos, en derecho moderno: obtener la resolución de la venta. (1)

498. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para la reivindicación? Aquí se presentan nuevas dificultades, no por cuanto á la existencia de las condiciones, porque la ley los expresa, sino por cuanto á los motivos. Desde luego es necesario que la venta haya sido hecha sin plazo. ¿Por qué? Ya dimos la razón que se alega en la opinión común (núm. 496); explica la condición, pero, en nuestro concepto, no justifica lo bastante á la ley. Es verdad que el que vende á plazo debe hacer la entrega de la cosa, y si la hace no puede volver á una obligación que tenía que cumplir; hay contradicción en reclamar la posesión de la cosa cuando no se tiene derecho de guardarla. Esto parece perentorio, pero se olvida el artículo 1613 que modifica el principio del artículo 1612 que acabamos de recordar: «El vendedor no estará ya obligado á la entrega, aun cuando hubiera concedido un plazo para el pago, si después de la venta el comprador quebrara civilmente.» Y es ciertamente en estas circunstancias en las que el vendedor tiene interés en reivindicar, porque es cuando el comprador quiere cuando há lugar á ejercer el privilegio con respecto á los demás acreedores ó á pedir la resolución de la venta. Si el vendedor no está obligado á entregar en caso de que-

1 Valette, p. 112, núms. 87 y 88. Mourlón, Examen crítico, t. I, p. 389, números 130 y 131. Pont, t. I, p. 135, núm. 165. Compárese Troplong, núm. 193.

bra sobrevenida después de la venta debe tener el derecho de reivindicar en el sentido de la Ley Hipotecaria; es decir, volverá á tomar la posesión de la cosa vendida para impedir al comprador revenderla.

La explicación que generalmente se da de la primera condición exigida por la ley para el ejercicio de la reivindicación deja aún qué desear bajo otro sentido. No es exacto decir que el derecho de reivindicación se liga al derecho que tiene el vendedor sin plazo de no hacer la entrega de la cosa; la reivindicación, como la palabra lo demuestra, es de origen romano. Era en principio el ejercicio del derecho de propiedad; en el derecho antiguo la reivindicación cambió de carácter y se convirtió en un simple embargo, pero se mantuvo la condición exigida por el derecho romano; á saber: que la venta se había hecho sin plazo. Esta condición tenía su razón de ser en el derecho romano, puesto que la venta á plazo no transfería la propiedad en tanto que el comprador no pagaba el precio, pero no está en armonía con nuestro derecho actual. Ya no se trata de reivindicar sino de embargar la cosa vendida. ¿Por qué? Para dar al vendedor una garantía y hacer eficaz su derecho de resolución y su privilegio. Y el vendedor siempre tiene un privilegio y un derecho de resolución, ya venda á plazo ó no; luego el legislador habría debido también darle en cualquiera hipótesis la reivindicación.

499. La segunda condición exigida por la ley para que el vendedor pueda reivindicar es que los objetos vendidos estén aún en posesión del comprador. Si un tercero los posee está al abrigo de la reivindicación y de toda acción real; puede invocar la máxima de que en materia de muebles la posesión vale por título. Todavía hay un motivo más: ni el privilegio ni el derecho de resolución pueden ejercerse contra un tercero poseedor, no teniendo los muebles perse-

cución; y la reivindicación sólo es un medio para ejercer estos derechos; la reivindicación no tiene, pues, razón de ser desde que el vendedor no tiene ni privilegio ni derecho de resolución.

500. La reivindicación debe hacerse en los ocho días de la entrega. ¿Cuál es el motivo de esta tercera condición? Se dice que el vendedor no usa de la reivindicación en un plazo corto, se le considera como si renunciara al derecho de retención. Otros dicen que se le considera como si concediera un plazo al comprador; lo que hace que no se le reciba á la reivindicación (1). En nuestro concepto no es este el verdadero motivo. El vendedor no tiene ningún interés en renunciar á un derecho que sólo le da el medio de ejercer su privilegio, ó la resolución; renunciar á la reivindicación es renunciar á todas sus garantías; ¿puede la ley presumir que el vendedor renuncie al único medio que tiene para que se le pague ó recobrar la propiedad de la cosa vendida? Si limita á un corto plazo el ejercicio de la reivindicación es interés de los terceros no de los compradores, porque éstos están al abrigo de toda acción real, pero de los terceros acreedores quirografarios que tratan con el comprador en fe de su riqueza mobiliaria, la que se aumenta en apariencia con los objetos vendidos y no pagados. Si el vendedor pudiera reivindicarlos los terceros serían engañados, puesto que después de reivindicarlos ejercería su derecho de resolución y de este modo quitaría á los terceros una prenda en la que contaban. Lo que prueba que tal es el espíritu de la ley belga es que pronuncia el decaimiento de la acción resolutoria, con respecto á los demás acreedores cuando el vendedor decae de la reivindicación; luego sólo porque no ha reivindicado en los ocho días.

501. En fin, la ley quiere que los objetos mobiliarios se hallen aún en el mismo estado que cuando la entrega. Ya

1 Pont, t. I, p. 139, núm. 158. Martou, t. II, p. 154, núm. 492.

dijimos que esta condición no está exigida para el ejercicio del privilegio. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? En nuestro concepto no hay razón aceptable. Hé aquí la que se da. La reivindicación, se dice, es un derecho riguroso que se liga á la cosa misma; no hubiera sido posible admitirla en el caso en que por los cuidados y trabajo del comprador recibiera una transformación notable. El privilegio, al contrario, afecta el valor de la cosa más bien que la cosa misma. (1) Esta explicación no tiene en cuenta el objeto de la reivindicación; supone que ésta y el privilegio son dos derechos distintos, mientras que la reivindicación no es más que una medida conservadora que pone al vendedor en medida de promover la resolución de la venta y pedir el pago del precio. El vendedor embarga la cosa sometida para poder ejercer su privilegio; luego únicamente porque tiene el privilegio debiera tener el derecho de reivindicar. Y en la opinión común que hemos enseñado el vendedor conserva su privilegio aunque la cosa haya cambiado de especie por el trabajo del comprador; luego debería tener el derecho de reivindicarla; ¿dejarle el privilegio quitándole la reivindicación es darle un derecho ilusorio!

La condición exigida por el legislador moderno ¿no será un despojo de la antigua teoría romana? Si se considera la reivindicación como el ejercicio de un derecho real es muy lógico no permitirla más que cuando la cosa vendida esté aún en el mismo estado, porque si ha cambiado de especie el derecho real se desvanece, puesto que no tiene asiento. Se aplicaba en el derecho antiguo el mismo principio al privilegio. «Tan pronto como, dice Ferrière, la cosa tomó otra forma, aunque se halle en manos del comprador, el privilegio cesa, porque no se puede decir *mutata forma*, no

1 Aubry y Rau, t. III, p. 158, nota 71, pfo. 261. Pont, t. I, p. 139, número 159. Martou (t. II, p. 154, núm. 491) da otra explicación que no es más satisfactoria.

es la misma cosa de antes." (1) Esto sería muy jurídico, pero poco equitativo (núm. 485). Los autores del Código han abandonado en este punto la doctrina tradicional debieron lógicamente haber admitido el mismo principio, para la reivindicación.

502. ¿En qué forma se hace la reivindicación? Los autores y las sentencias suponen que el vendedor ejerce la reivindicación en justicia, y el texto de la ley belga parece concebido en este sentido: califica de reivindicación la *acción reivindicatoria*, y toda acción debe elevarse ante los tribunales. En teoría la necesidad de una acción judicial no se comprende. El que reivindica en el sentido de la Ley Hipotecaria detiene la cosa por medio del embargo, y el embargo es un acto extrajudicial, puesto que no se necesita una sentencia. La justicia sólo interviene cuando hay una contestación; y la reivindicación no es una contestación, ni la reclamación de un derecho es un simple embargo. El vendedor no pide nada: ¿por qué, pues, dirigirse al juez? Sucede con la reivindicación del vendedor como con la del dador; éste promueve por vía de embargo; ¿por qué había de suceder de otro modo con el vendedor? Lo que equivocó á los intérpretes es la palabra *reivindicación* y la tradición romana; el que reivindica en el verdadero sentido de la palabra debe promover en justicia, porque hay dos derechos en conflicto. Pero el vendedor no reivindica, hace un acto conservatorio. Este acto no ataca de ningún modo los derechos del comprador; éste puede, sin duda, oponerse al embargo, y desde que forma oposición hay un debate judicial. Pero si el vendedor reivindica bajo las condiciones exigidas por la ley el comprador no puede oponerse; los derechos del vendedor permanecen, pues, enteros, puesto que la venta subsiste.

503. Decimos que la venta subsiste. En la opinión co-
1 Ferrière, Comentario de la costumbre de París, art. 176, núm. 19.

mún esto es incontestable. La reivindicación no es una resolución: ni una resolución de plano, como Troplong lo había imaginado, ni una resolución pedida en justicia, como lo enseñaba Durantón. La ley nos dice cuál es el objeto de la reivindicación, y con esto nos enseña cuál es su efecto. Es para impedir que el comprador revenda por lo que el vendedor embarga los objetos muebles que entregó al comprador. Este es el único fin y el único efecto de la reivindicación. Cuando el vendedor haya vuelto á la posesión de la cosa mantendrá la venta ó pedirá su resolución, como lo juzgue conveniente; y si la venta está mantenida pedirá el pago con privilegio, puesto que el deudor está en quiebra. La ley lo supone; es para que el vendedor pueda ejercer su privilegio por lo que le permite impedir la reventa embargando la cosa vendida; y sólo se ejercen los privilegios cuando el deudor se halla en quiebra. Por esto es que la ley trata del derecho de reivindicación en el título *De las Hipotecas*; todas las disposiciones de la Ley Hipotecaria suponen la quiebra del deudor; si es solvente el contrato de venta se ejecuta ordinariamente; no se trata entonces de privilegio, de resolución, ni de reivindicación.

504. La ley contiene también una disposición acerca de la relación de la acción resolutoria y de la reivindicación. Dice así: "El decaimiento de la acción reivindicatoria implicará igualmente el de la acción de resolución para con los demás acreedores." Esta disposición deroga el principio del Código Civil. El vendedor no pagado puede pedir la resolución de la venta mientras que el comprador está en posesión de los objetos vendidos. Esta acción dura treinta años según el derecho común. Bajo el imperio del Código Civil el vendedor decaído del derecho de reivindicación conservaba su acción resolutoria. Esto era un derecho muy perjudicial á los terceros acreedores quirografarios. Estos contaban con que la prenda mueble vendida se les

quedaría cuando no había reivindicación en los ocho días; después venía el vendedor no pagado, quien obraba en resolución y les quitaba la prenda con la que habían contado al tratar. El Código Civil no era lógico; limitando á un plazo muy breve el ejercicio de la reivindicación en interés de los terceros acreedores tenía también que limitar el ejercicio de la acción resolutoria, pues para los terceros la resolución era tan funesta como la reivindicación. Después de los ocho días de la entrega de los objetos vendidos los terceros no tienen ya que temer la reivindicación en la resolución; pueden, pues, tratar en fe de la riqueza mobiliaria de su deudor; sin embargo, su seguridad no es completa, siempre pueden tener el privilegio del vendedor. Para este peligro no había otro remedio más que la publicidad; el legislador no creyó conveniente ordenarla para las ventas muebles así como para los privilegios mobiliarios en general. También puede haber conflicto entre los acreedores hipotecarios y el vendedor; nos trasladamos á lo que fué dicho en el título *De la Venta* (t. XXIV, núm. 367).

La ley agrega que el decaimiento de la acción resolutoria no existe para con los acreedores. Esta es la aplicación de los principios que acabamos de exponer. La Ley Hipotecaria no se ocupa de los efectos de los contratos cuando no hay concurso de acreedores; es decir, cuando el deudor es solvente; las partes quedan, pues, bajo el imperio del derecho común, según el cual el vendedor puede pedir la resolución contra el comprador durante treinta años. Desde que los terceros acreedores no están en causa no hay ninguna razón para limitar el derecho del vendedor.

§ V.—LOS ABASTECIMIENTOS DEL FONDISTA.

505. La ley concede un privilegio á los abastos del fondista en los objetos que el viajero ha transportado en su fon-

da (art. 20, 6.º; Código Civil, art. 2102, 5.º) ¿Cuál es el fundamento de su privilegio? Estaba admitido por el derecho de costumbres. Ferrière, el comentador de la costumbre París, no da la razón de ello. El privilegio del fondista, así como el del dador, descansa en un empeño tácito. Este empeño está admitido por la ley en interés del viajero tanto como en el del fondista, y su interés se confunde con el de la sociedad.

Los que alojan á los viajeros, peregrinos ó pasajeros, dice Ferrière, lo hacen por la necesidad de un oficio público; están obligados á recibir á toda clase de personas, aunque no las conozcan, sin tener ninguna seguridad en el pago de la deuda y de los gastos que éstos harán en su casa; importa, pues, á los viajeros que los fondistas encuentren una garantía en el empeño tácito de sus equipajes que transportan á la fonda, y la sociedad está interesada en favorecer la circulación de los hombres: esto es favorecer al comercio de las cosas y de las ideas. Esta razón es común á los hosteleros y á los dadores; pero Ferrière observa, con razón, que el crédito de los fondistas es más favorable que el de los propietarios, porque además del alojamiento ministran los alimentos á los viajeros, y la causa de alimentos ha sido siempre vista con favor. Hay que agregar que el fondista está asimilado por la ley á un depositario necesario de los objetos que los viajeros depositan en la fonda; resulta que la prueba testimonial y, por consiguiente, las persecuciones están admitidas para probar el hecho del depósito; y en el sistema del Código los fondistas eran responsables en su persona. Además, los fondistas son responsables del robo ó del daño en los efectos de los viajeros, ya porque se comete un robo ó porque el daño se cause por los domésticos de la fonda ó por los extraños que van y vienen en el hotel (arts. 1950 y 1953). Sometidos á una responsabilidad excepcional y á una prueba muy peligrosa es justo que la

ley les conceda también una protección especial para el pago del crédito, que puede serles funesto. (1)

506. El privilegio pertenece al fondista para sus abastos. ¿Qué se entiende por fondista? Es, dice Merlin, el que tiene una fonda ó un hotel y que hace profesión de recibir, alojar y mantener á los viajeros. (2) La noción del fondista es, pues, inseparable de la del viajero; donde no hay viajeros no puede tratarse de un privilegio para el fondista. Esto resulta del texto mismo de la ley: el fondista tiene un privilegio en las cosas que el viajero deposita en su fonda. Si el hostelero, como sucede amenudo, arrienda un departamento ó cuarto á una persona domiciliada en la ciudad en que ejerce su profesión no tendrá el privilegio en las cosas que pertenecen á dicha persona; el texto no es aplicable, puesto que el deudor no es un viajero y el espíritu de la ley es igualmente extraño á esta hipótesis. Si la ley concede un privilegio al fondista es, dice Ferrière (núm. 505), porque está obligado por oficio público á recibir á toda clase de pasajeros que no conoce; y no puede decirse que no conoce á la gente de la ciudad en que vive; sabe si ofrecen ó no garantías de solvencia, puede estipular seguridades, la ley no necesita dárselas. Por contra cuando recibe á un viajero adquiere un privilegio aunque el viajero hubiese arrendado un cuarto por un tiempo más ó menos largo; siempre es un viajero; por consiguiente, se está en el texto y espíritu de la ley. (3)

Síguese del mismo principio que los taberneros no tienen el privilegio que la ley concede al fondista aunque alimentaran á un viajero. Si es necesario un viajero para que el privilegio exista también es necesario un fondista, pues es el favor debido á sus abastecimientos lo que hizo establecer el

1 Ferrière. Comentario, art. 175, núm. 1. Valette, p. 88, núm. 69.

2 Merlin, Repertorio, en la palabra Hostelero.

3 Pont, t. I, p. 142, núm. 163 y p. 143, nota 1.

privilegio; y si el fondista está establecido el tabernero no lo está seguramente. En el derecho antiguo sus créditos eran reprobados á tal punto que las costumbres les negaban toda acción en justicia (costumbres de París, art. 128); había que volver á una legislación excepcional contra aquellos que favorecen el vicio y corrupción de la juventud; el mal alcanza ya hasta la niñez. Lo seguro es que no puede tratarse de privilegiarlos. (1) El principio es importante por las consecuencias á que conduce.

Queda una dificultad en cuanto al principio. Se pregunta si los que arriendan cuartos amueblados quedan comprendidos entre los fondistas. La afirmativa no es dudosa; bien entendido si alojan extranjeros, pues ministrar el alojamiento es un abasto del fondista. Es verdad que no ministran los alimentos, pero esto no impide que reciban en su casa á trausentes ó viajeros; el texto de la ley les es, pues, aplicable; son fondistas en parte y no hay razón para negarles el privilegio por abastos de alojamiento, aunque con el alojamiento no les ministren los alimentos. El espíritu de ley confirma esta interpretación. Quiere, al mismo tiempo que asegurar un abrigo á los viajeros, garantizar el crédito del que los recibe; debe, pues, privilegiar á los que reciben trausentes. (2)

507. ¿Cuál es el crédito del privilegio? Son los abastos del fondista; es decir, los abastos que el fondista hace en esta calidad á los viajeros; luego el alojamiento y los alimentos. En los alimentos se comprenden las bebidas que es de uso beber en la mesa. ¿Qué se debe decir de los vinos y licores que se ministran fuera de las bebidas usuales de la alimentación? Los autores parecen privilegiarlos. (3) En

1 Troplong, núm. 202.

2 Durantón, t. XIX, p. 182, núm. 128.

3 Pont, t. I, p. 143, núm. 164.

nuestro concepto dichos abastos no gozan de ningún privilegio porque no son abastos de alimentación, son abastos de *taberneros* y éstos no merecen ningún favor; no vemos por qué hechos por un tabernero ó un cafetero no estarán privilegiados, mientras que sí lo estarían si fueran hechos por un fondista. Hay un punto acerca del cual todo el mundo está de acuerdo: es que los abastos extraños del todo á la alimentación no tienen privilegio. Se citan como ejemplo los adelantos del fondista para pagar las compras que el viajero haga en la ciudad ó pagar el coche que lo condujo. (1) Lo cual es un préstamo, y la ley no privilegia este crédito.

508. ¿En qué muebles da la ley privilegio al fondista? En los términos del art. 20 (Código Civil, art. 2102) son los equipajes del viajero transportados á la posada. Es el transporte á ella lo que constituye el empeño tácito, y el empeño comprende todos los efectos que el viajero lleva al hotel, ya sea que los lleve personalmente, ya que los reciba durante su estancia en el hotel ó que los compre estando allí; la ley no distingue, ella exige que los equipajes los haya llevado el viajero á la posada ú hotel.

¿Se necesita que pertenezcan al viajero? La negativa está generalmente admitida, y creemos que tienen razón. Hay un motivo que es perentorio: es que la ley no exige esta condición, y en materia de privilegios no se puede agregar nada á la ley. La Corte de Colmar objeta los términos del Código; la ley dice: los efectos del *viajero* que hayan sido transportados á la posada, no dice los efectos que el viajero haya transportado. (2) Es cierto que hay diferencia entre ambas maneras de expresarse. Pero la expresión de que se sirve el Código no significa necesariamente los efectos

1 Durantón, t. XIX, p. 182, núm. 128.

2 Colmar, 26 de Abril de 1816 (Daloz, en la palabra Privilegios núm. 390. En sentido contrario, Durantón, t. XIX, p. 184, núm. 130 y todos los autores.

que son de la propiedad del viajero; también significa los efectos que el viajero tiene en posesión; el texto permite, pues, dos interpretaciones, y el espíritu de la ley no deja ninguna duda sobre el que deba preferirse. La causa del privilegio zanja la dificultad: es un empeño tácito semejante al del dador; y el de éste grava los muebles que contienen los locales arrendados, aunque no pertenezcan al locatario; debe pasar lo mismo, con mayor razón, con el privilegio que la ley da al posadero. Decimos que con mayor razón porque el dador podría, en rigor, informarse de si los muebles pertenecían al arrendatario; mientras que el posadero que recibe viajeros que no conoce y que no tiene ningún medio para conocerlos menos puede saber si son propietarios de los efectos que llevan consigo. Se debe, pues, aplicar al privilegio del posadero lo que hemos dicho del dador (núms. 417 y siguiente).

Por aplicación de estos principios se dice que el posadero no puede reclamar su privilegio sobre los efectos que no pertenezcan al viajero sino cuando es de buena fe. La ley lo dice en el conflicto entre dos acreedores privilegiados: el vendedor no pagado y el posadero (art. 23). Se debe decir lo mismo del conflicto entre el hostelero y el propietario. Es el principio del art. 2279 el que predomina en esta materia; de aquí se sigue que el propietario podría, por excepción, reivindicar su cosa contra el posadero, aunque éste fuera de buena fe, si la cosa hubiera sido perdida ó robada. Todos están de acuerdo en estos puntos. (1)

509. Para que el posadero tenga un privilegio en los efectos del viajero se necesita que hayan sido transportados á la posada. El privilegio está, pues, ligado á la posesión. De aquí se sigue que el hostelero no tiene ningún derecho de preferencia en los efectos que el viajero ha llevado á la posada; no tiene más derecho sobre los dichos efectos que

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 161, nota 77, pfo. 261.

el empeño general que la ley da á los acreedores en todos los bienes de su deudor. De aquí se sigue que el privilegio del hostelero, lo mismo que el del acreedor prendista, cesa con su posesión. Esta es la tradición. Pothier dice que los posaderos no tienen privilegio más que sobre los efectos que están en su posesión. Saca la consecuencia de que si un viajero se hubiera alojado en un hotel varias ocasiones llevando cada vez sus equipajes el posadero no podrá ejercer su privilegio sobre los efectos del viajero más que por los gastos hechos en su última estancia. (1) Esto es muy jurídico. A cada viaje nace un derecho de prenda, y se extingue cuando el viajero deja el hotel llevándose su equipaje; no le queda al hostelero más un crédito que rografario. Los posaderos se engañan muchas veces. En una especie en que el hostelero embargó él mismo los caballos y la carreta de un viajero por gastos de una estancia anterior del mismo se juzgó que había cometido un acto arbitrario é ilegal que dió apertura á una reparación civil; en consecuencia, la Corte lo condenó á 200 francos de daños y perjuicios y puso á su cargo los gastos de los caballos retenidos ilegalmente. (2)

510. Se supone que los efectos llevados á la posada se han sacado clandestinamente y á excusas del posadero. ¿Tiene éste el derecho de reivindicarlos contra los terceros poseedores? El derecho de reivindicación está generalmente admitida: unos lo fundan en el art. 2279, otros en el art. 2102, 1.º (Ley Hipotecaria, art. 20, 1.º) que permite al dador reivindicar los muebles que se han llevado sin su consentimiento. Nos parece que hay en estas diversas opiniones y en las razones que dan para justificarlas, una completa confusión; ninguno de los principios que se invocan son aplicables

1 Pothier, Procedimientos civiles, cap. II, sec. II, art. VII, pfo. II. Pont, t. I, p. 144, núm. 166 y todos los autores.

2 Rouen, 16 Messidor, año VIII (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 392).

al hostelero. ¿Qué dice el art. 2279? Que el que ha perdido ó al que le hayan robado una cosa puede reivindicarla durante tres años. Esto supone que los objetos pertenecen al que hace la reivindicación; esta es una excepción á la regla según la cual en materia de muebles la posesión vale por título; el propietario no puede reivindicar contra un poseedor de buena fe, puede hacerlo por excepción en caso de pérdida ó robo. ¿Puede aplicarse esta disposición al posadero? Este no es propietario; no puede, pues, reivindicar. Tiene una especie de derecho de empeño que pierde desde que deja de poseer. Se pretende que la sacada de la casa constituye un robo de prenda, el que da lugar á una reivindicación. (1) Contestaremos que nuestras leyes no conocen este robo de prenda y que ninguna ley permite al propietario reivindicar la cosa.

¿Puede el poseedor invocar el derecho de posesión que el art. 20 (Código Civil, art. 2102, 1.º) da al dador? Los que tal pretenden (2) olvidan que los muebles no tienen prosecución (art. 2119; Ley Hipotecaria, art. 46). Es por excepción por lo que lo que el dador se halla investido de este derecho, y la excepción es única. No se la puede extender á los demás acreedores privilegiados aunque sus privilegios estén fundados en el empeño como el dador. Esta extensión de un derecho excepcional en materia de privilegios es contra todo principio. Los que la admiten son muy inconsecuentes. Si se asimila el posadero al dador se debe decir, no que tiene derecho para reivindicar los efectos del viajero que haya sacado y robado de algún modo, se debe decir más y permitirle embargarlos desde que han sido llevados sin su consentimiento, aun cuando no hubiera mala fe, y nadie admite semejante doctrina.

1 Valetta, Privilegios, p. 88, 3.º Pont, t. I, p. 146, núm. 167. Martou, tomo II, p. 158, núms. 506.

2 Mourlón, Examen crítico, t. I, p. 446, núm. 144.

En definitiva el posadero no tiene el derecho de reivindicación del art. 2279, porque no es propietario y no tiene el derecho de persecución del art. 2102, 1.º (Ley Hipotecaria, art. 20, 1.º) porque la ley no se lo da. (1)

511. ¿Tiene el posadero el derecho de retención? En nuestro concepto hay alguna duda. Las costumbres de París conceden expresamente el derecho de retención al posadero; los autores del Código han reproducido la disposición de la costumbre de París sin mencionar el derecho de retención. La dificultad es, pues, ésta: ¿Se puede admitir el derecho de retención sin texto y por vía de analogía? Esta disposición también es dudosa. Hemos enseñado que el derecho de retención no existe más que en el caso en que la ley lo concede (núm. 293). Se sigue generalmente la opinión contraria. Lo mismo que también se admite que el posadero tiene el derecho de retención como garantía de su privilegio. No es exacto decir que dicha garantía sea una necesidad y que sin el derecho de retención el privilegio sería ilusorio; en efecto, el posadero puede promover inmediatamente contra el viajero y prevalecerse entonces de su privilegio contra los demás acreedores cuando hay concurso. En realidad el derecho de retención es un derecho distinto del privilegio; éste sólo se ejerce en caso de insolvencia del deudor, mientras que el derecho de retención es un medio para forzarlo á pagar sin que sea insolvente. Luego no se puede deducir el derecho de retención como consecuencia del privilegio. Únicamente hay puntos de analogía; el acreedor prendista tiene el derecho de retención y el depositario lo tiene; y el posadero tiene un empeño tácito y la ley lo considera como depositario necesario. (2) La analogía es incontestable; sin embargo, queda una duda en razón del carácter excepcional del derecho de retención.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 101, nota 78, pfo. 261.

2 Martou, t. II, p. 160, núm. 508. Pont, t. I, p. 145, núm. 167.

§ VI.—DE LOS GASTOS DE COCHE.

512. La ley da un privilegio al carruajero por los gastos de coche y accesorios (art. 20, 7.º; Código Civil, artículo 2102, 6.º) ¿Cuál es el fundamento de este privilegio? Se comprende al carruajero entre los acreedores llamados prendistas porque tienen una prenda tácita en los efectos mobiliarios que detienen y que forman su única garantía; la necesidad de su condición los obliga á tratar con personas que no conocen. El cochero ó patrón del coche en este sentido tiene la misma posición que el posadero; presta también un servicio á la sociedad porque es el agente de las relaciones comerciales. En fin, su crédito aprovecha á los demás acreedores, puesto que transporta las mercancías á la plaza en que se deban vender; el valor aumenta por el transporte, lo que es provechoso á la masa, y es justo que tenga en cuenta al que se lo procura. (1)

513. ¿Qué se entiende por carruajero en el art. 20? Los transportes por tierra ó por agua; tal es el sentido vulgar de la palabra. En materia de privilegios se debe extender á los que accidentalmente hacen un transporte á título oneroso; tienen un crédito para cuyo pago cuentan con el valor de las cosas que transportan. Es, pues, la convención de transporte la que es el fundamento del privilegio y esta convención debe formarse entre el carruajero y el destinatario ó consignatario.

De aquí se sigue que los que alquilan sus caballos á bateleros para jalar las barcazas no son carruajeros y no gozan, por consiguiente, del privilegio de los gastos de coche. No tienen acción directa más que contra el batelero con el que han tratado, no tienen contra el propietario de las mercancías más que la acción indirecta que pertenece á los acreedores en virtud del art. 1166, acción cuyo beneficio se

1 Martou, Comentario, t. II, p. 161, núm. 509.

divide entre todos los acreedores. (1) Sucedería lo mismo si las barcasas ó los equipajes fueran arrendados al comisionista encargado del transporte; este último es el único que tiene el privilegio porque es el carruajero; el propietario de las barcasas y de los equipajes es un simple locatario. (2)

514. ¿En qué créditos tiene privilegio el carruajero? En los términos del art. 20 (Código Civil, art. 2102, 6.º) está concedido el privilegio para los gastos de coche y demás accesorios. Estos desembolsos accesorios son las reparaciones indispensables durante el transporte; por ejemplo: las reparaciones hechas á los toneles de vino ú otros licorres; tales son también los derechos de aduana de tránsito ó de garita. (3)

515. ¿Qué condición se requiere para la existencia del privilegio? La cuestión está en saber si el privilegio está ligado á la posesión de modo que cesa desde que el carruajero entrega la cosa al destinatario. Bajo el imperio del Código Civil había controversia; la ley belga lo decidió conforme á los verdaderos principios. En general la posesión es de esencia de todo privilegio basado en un empeño expreso ó tácito. La ley dispone, en consecuencia, que el privilegio existe mientras que el carruajero está en posesión. Sin embargo, el carruajero está en una posición especial; está obligado á llevar la cosa embarcada al destinatario, á fin de que éste se cerciore de si llegó en buen estado ó haga constar las averías si há lugar; antes de esto no se acostumbra pagar los gastos de transporte. La ley tuvo presentes estas necesidades y dispuso que el privilegio subsistiera durante las veinticuatro horas siguientes de la entrega al propietario ó al destinatario. Queda una dificultad: durante las veinti-

1 Nimes, 12 de Agosto de 1812 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 397).

2 Burdeos, 16 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1859, 5, 308, núm. 14).

3 Durantón, t. XIX, p. 188, núm. 133.

ticuatro horas el propietario ó el destinatario podrán disponer de la cosa enajenada; ¿qué sería entonces el privilegio del carruajero? Se extingue. El carruajero no tiene el derecho de prosecución, como tampoco los demás acreedores privilegiados, sobre los efectos mobiliarios; la conservación del privilegio, como lo dice la ley, está ligada á la posesión del dador; desde que éste cesa de poseer el privilegio se extingue. (1)

516. Del principio de que el privilegio está ligado á la posesión se sigue que el carruajero que hace varios transportes para el mismo deudor no puede ejercer su derecho de preferencia en las mercancías más que para los gastos del transporte de ellas; si no ejerce su privilegio en las veinticuatro horas su derecho se extingue; el nuevo transporte que hiciera no le daría privilegio más que para el crédito que naciera de él, pero no podrá reclamar lo que se le debe por los transportes anteriores de las mercancías que originaron la última expedición. Se aplica al carruajero lo que acabamos de decir del posadero (núm. 509); el privilegio no se extiende de un transporte á otro como tampoco de un viaje á otro viaje. (2)

Sin embargo, el carruajero se halla en una posición especial. Si hace un trato para el transporte de una cantidad determinada de mercancías con facultad de ejecutarlo sucesivamente las últimas mercancías que transportara estarían gravadas con el privilegio para seguridad de todo el crédito; esta es una consecuencia de la indivisión del privilegio; toda la mercancía y cada parte de ella están afectadas por el crédito total del carruajero, porque no hay más que un crédito y un solo privilegio. Sucedería de otro mo-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 35). Informe de Lelièvre (Parent, p. 123).

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 163, nota 82, pfo. 261. Lelièvre, informe (Parent, p. 123).

do si el carruajero hiciera por el mismo expeditor varios transportes de mercancías; hay en este caso tantos créditos como transportes y otros tantos privilegios como distintos créditos; los privilegios se extinguirán á cada entrega de los efectos embarcados; las mercancías transportadas las últimas responderán por los fletes del último viaje ó transporte.

Esto fué juzgado así en una magnífica sentencia de la Corte de Rouen. La administración del camino de hierro de París á Rouen se comprometió á transportar cada año de cinco á seis mil toneladas de piedra granítica, a razón de diez francos tonelada de 1000 kilos. Durante el curso del convenio el expeditor quebró y quedó debiendo á la compañía una suma de 2651 francos; la sociedad pretendía tener un privilegio en la piedra que le habían remitido al último; dichas pretensiones no fueron acogidas. La Corte de Rouen admite que el privilegio existe, en todos los gastos de la cosa embarcada, sobre una parte de ella que permanecía en poder del carruajero, por aplicación del principio de que siendo indivisible el privilegio grava todas las mercancías transportadas cada una de ellas y cada parte del cargamento. Pero el carruajero no puede nunca reclamar el privilegio sobre la mercancía en tanto que haga parte del cargamento que se le confió. Y en la especie no se trataba del transporte de una cantidad determinada de mercancías. El transporte tuvo lugar sucesivamente y cada vez en cantidades distintas. Lo que prueba que cada transporte formaba un crédito diferente es que la compañía entregaba un talón á cada viaje. En vano la compañía invocó la convención que regía las condiciones del transporte para todas las expediciones que se hicieran. La Corte contestó que dicha convención reglamentaba únicamente el precio del transporte por cierto número de años, pero que no había convención por una parte de la piedra puesta á la disposición actual de la administración; era el

expeditor el que arreglaba, conforme á sus conveniencias, la cantidad de piedra que debía ser transportada en cada remesa. Había, pues, convención única para transporte único que la administración habría podido hacer sucesivamente; había un acuerdo sobre el precio y la cantidad por transportar anualmente; de modo que cada transporte engendrabá un crédito en provecho de la administración y, por consiguiente, un privilegio; pero este privilegio no garantizaba más que los fletes en cada remesa y se extinguía con la entrega de la mercancía al destinatario. En vez de ejercer su privilegio en cada transporte la compañía abrió un crédito al expeditor; es decir, que su crédito se convirtió en un crédito ordinario por el cual entraba en contribución con los demás acreedores; el único crédito que quedaba privilegiado era el de los últimos transportes, estando la compañía en posesión de la piedra. En el recurso recayó una sentencia de denegada. (1)

§ VII.—DE LOS CREDITOS POR ABUSO Y PREVARICACION.

517. El art. 20, núm. 8 (Código Civil, art. 2102, 7.º), dice: «Están privilegiados los créditos que resultan del abuso y de la prevaricación cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones en los fondos de sus cauciones y los intereses que puedan estar vencidos.» Hay funcionarios públicos ú oficiales ministeriales que deben dar caución para garantía de los particulares obligados á recurrir á su ministerio. ¿Quiénes son los oficiales y funcionarios que deben dar caución? Se creería que acerca de este punto no puede haber incertidumbre, puesto que falta una ley para que la caución sea obligatoria. Hay leyes; no se las ejecuta y no se sabe si aún están en vigor. (2)

1 Rouen, 5 de Junio de 1847, y Denegada, 13 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 135, y 1849, 1, 156.

2 Martou, Comentario, t. II, p. 165, núm. 515.

Los conservadores de hipotecas deben ministrar una caución, la que solamente está afectada á su responsabilidad (Ley de 21 Ventoso, año VII, art. 8). Volveremos á tratar esta responsabilidad al explicar el capítulo de la Ley Hipotecaria.

Conforme á la ley de 25 Ventoso, año XI (art. 33), los notarios también están obligados á ministrar una caución afectada de la garantía de las condenas pronunciadas contra ellos á consecuencia del ejercicio de sus funciones. Una sentencia del Príncipe Soberano de los Países Bajos, de 27 de Julio de 1814, dispensa á los notarios de esta obligación: se formuló para las provincias septentrionales, y no habiéndose publicado en Bélgica nunca tuvo allí fuerza obligatoria. Es verdad que una sentencia del Rey de los Países Bajos, de 19 de Junio de 1816, extendió la dispensa á las provincias meridionales; pero cuando la publicación de este decreto el Rey no tenía más poder que los que le daba la ley fundamental, y ciertamente que no le daba el derecho de abrogar la ley. El decreto es, pues, ilegal y nulo. Sin embargo, se observa. Esta es una innovación desgraciada; se debería mejor dar nuevas garantías á las partes interesadas que quitarles las que la ley les concedió.

Los abogados, diligenciaros y los secretarios estaban igualmente obligados á ministrar una caución (ley de 27 Ventoso, año VIII). No se cumplió con esta obligación. Se pretendía que los abogados habían estado sometidos á un derecho de patente (ley de 11 de Febrero de 1816), quedando sólo por esto exceptuados de la caución. Esto no tiene sentido: ¿es que la patente ofrece una garantía á los quejosos contra los abogados que se hacen culpables de abuso y prevaricaciones? En cuanto á los diligenciaros y á los secretarios ignoramos bajo qué pretexto se substraen á una obligación legal que nunca ha sido recordada que sepamos. La ilegalidad es una vía peligrosa; una vez que se ha uno

comprometido no hay límite en el que se pueda uno detener.

Los agentes de cambio y los corredores estaban obligados á dar caución en virtud de la ley de 28 Ventoso, año IX. Han dejado de ser oficiales públicos; la ley los declara responsables: este es el derecho común de los arts. 1382 y 1383, y lo que tratan con ellos no tienen garantía especial (ley de 30 de Diciembre de 1867).

Los contadores de las administraciones públicas también estaban obligados á dar caución. La ley de 6 Ventoso, año XIII, declaró aplicables á los recaudadores y demás contadores públicos ó empleados de las administraciones las disposiciones que rigen las cauciones ministradas por funcionarios y oficiales que la ley sujetaba á esta garantía.

518. La Ley Hipotecaria afecta á la caución con el privilegio de los demás créditos que resultan del abuso y prevaricato cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. De aquí se sigue que el privilegio por abuso y prevaricato no existe para todos los créditos que los particulares pudieran tener contra los funcionarios sujetos á la caución. La ley quiso garantizar á los terceros del perjuicio que les causaran dichos funcionarios en el ejercicio de sus funciones, porque están obligados á dirigirse á ellos: lo que se llama *hecho de cargo*. Si el hecho en razón del que un funcionario recurre á los daños y perjuicios es ajeno á su función es evidente que la parte lesionada no tendrá privilegio; no puede invocar ni el texto ni el espíritu de la ley. Hay más, aun cuando el funcionario hubiera obrado como tal, pero no en el ejercicio de sus funciones, al cometer un acto ilegal no habría lugar al privilegio; no se puede decir que este acto se haya cometido en el ejercicio de sus funciones, las funciones públicas no consisten en hacer cosas ilegales. Esto parecería chocante á primera vista; la parte lesionada tiene una garan

tía contra la negligencia del funcionario, no contra la prevaricación cuando abusa en su calidad de funcionario para engañar á los ignorantes. Sin embargo, esta distinción se explica: la ley no entendió privilegiar más que los créditos á los que dan lugar los actos por los que los particulares están obligados á recurrir á los funcionarios públicos que la ley inviste exclusivamente con una parte de la jurisdicción voluntaria. Cuando el funcionario verifica un acto fuera de sus funciones los terceros que á él se dirijan también son culpables de imprudencia; no pueden decir que estuvieron obligados á recurrir al funcionario que los engañó porque debían saber que dicho funcionario no tenía el derecho de hacer lo que hizo. Sin duda la ley habría podido y tal vez habría debido extender el privilegio á los daños y perjuicios debidos por actos ilegales, pero lo limitó á los actos legales; de donde resulta un perjuicio, y en materia de privilegios todo es de la más estricta interpretación. (1)

519. ¿En qué se ejerce el privilegio? Sobre los fondos de la caución y en los intereses que se puedan deber. Las cantidades que el funcionario deba producir á título de caución se depositan en la caja de consignaciones, la que sirve el interés al tipo fijado por la ley. La caución es, pues, una prueba real de que el tesoro público es detentor en interés de los terceros.

520. La caución también está gravada con un privilegio de segundo orden en favor de los dadores de fondos que han ministrado el dinero al funcionario; han anticipado su capital para un destino especial y de interés público; es, pues, justo que la caución les sirva de prueba para su reembolso (ley de 25 Nivoso, año XIII). (2)

1 Pont, t. I, p. 149, núm. 171. Aubry y Rau, t. III, p. 167, nota 87, párrafo 261. Compárese Alger, 24 de Mayo de 1858 y Denegada, 25 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 221).

2 Pont, t. I, p. 151, núm. 174. Martou, t. II, p. 168, núm. 517.

ARTICULO III.—Del rango de los privilegios mobiliarios en caso de concurso entre sí.

521. El Código Napoleón se limita á arreglar el lugar de los privilegios generales sobre los muebles cuando hay concurso de varios de esos créditos (art. 2101). Solamente contiene dos disposiciones particulares acerca del lugar de los privilegios que gravan ciertos muebles (art. 2102, núms. 2 y 4). No estableciendo el Código ninguna regla sobre el conflicto de los privilegios generales y los privilegios especiales surgieron de eso largas y acaloradas controversias. Especialmente en el último punto había una gran diversidad de opiniones. ¿Se debía dar la preferencia á los privilegios generales en razón de su generalidad ó á los especiales en razón de su especialidad? En fin, ¿no se debía dar la preferencia ni á unos ni á otros y decidir la dificultad en cada especie fundándose en la calidad del crédito? Cada uno de esos sistemas tenía sus partidarios. El último parecía consagrado por la ley, puesto que el artículo 2096 dice: «Entre los acreedores privilegiados la preferencia está arreglada por las diferentes calidades de los privilegios.» Pero ¿cómo apreciar dichas calidades? El legislador lo debería haber hecho, por que es él quien determina la calidad en razón de la que se privilegia un crédito. Pero el Código guardó silencio acerca de la calidad de los privilegios generales y de los privilegios especiales; no decía nada, ni siquiera del lugar de los privilegios especiales cuando concurren entre sí. En el silencio de la ley el juez debía estimar los privilegios conforme á su causa; pero el legislador no dictó ninguna regla; por lo que resultó la incertidumbre y la arbitrariedad.

La nueva ley llenó este vacío. Después de recordar las dos opiniones que dividían la jurisprudencia en lo relativo al lugar de los privilegios generales y el de los especiales,

tía contra la negligencia del funcionario, no contra la prevaricación cuando abusa en su calidad de funcionario para engañar á los ignorantes. Sin embargo, esta distinción se explica: la ley no entendió privilegiar más que los créditos á los que dan lugar los actos por los que los particulares están obligados á recurrir á los funcionarios públicos que la ley inviste exclusivamente con una parte de la jurisdicción voluntaria. Cuando el funcionario verifica un acto fuera de sus funciones los terceros que á él se dirijan también son culpables de imprudencia; no pueden decir que estuvieron obligados á recurrir al funcionario que los engañó porque debían saber que dicho funcionario no tenía el derecho de hacer lo que hizo. Sin duda la ley habría podido y tal vez habría debido extender el privilegio á los daños y perjuicios debidos por actos ilegales, pero lo limitó á los actos legales; de donde resulta un perjuicio, y en materia de privilegios todo es de la más estricta interpretación. (1)

519. ¿En qué se ejerce el privilegio? Sobre los fondos de la caución y en los intereses que se puedan deber. Las cantidades que el funcionario deba producir á título de caución se depositan en la caja de consignaciones, la que sirve el interés al tipo fijado por la ley. La caución es, pues, una prueba real de que el tesoro público es detentor en interés de los terceros.

520. La caución también está gravada con un privilegio de segundo orden en favor de los dadores de fondos que han ministrado el dinero al funcionario; han anticipado su capital para un destino especial y de interés público; es, pues, justo que la caución les sirva de prueba para su reembolso (ley de 25 Nivoso, año XIII). (2)

1 Pont, t. I, p. 149, núm. 171. Aubry y Rau, t. III, p. 167, nota 87, párrafo 261. Compárese Alger, 24 de Mayo de 1858 y Denegada, 25 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, I, 221).

2 Pont, t. I, p. 151, núm. 174. Martou, t. II, p. 168, núm. 517.

ARTICULO III.—Del rango de los privilegios mobiliarios en caso de concurso entre sí.

521. El Código Napoleón se limita á arreglar el lugar de los privilegios generales sobre los muebles cuando hay concurso de varios de esos créditos (art. 2101). Solamente contiene dos disposiciones particulares acerca del lugar de los privilegios que gravan ciertos muebles (art. 2102, núms. 2 y 4). No estableciendo el Código ninguna regla sobre el conflicto de los privilegios generales y los privilegios especiales surgieron de eso largas y acaloradas controversias. Especialmente en el último punto había una gran diversidad de opiniones. ¿Se debía dar la preferencia á los privilegios generales en razón de su generalidad ó á los especiales en razón de su especialidad? En fin, ¿no se debía dar la preferencia ni á unos ni á otros y decidir la dificultad en cada especie fundándose en la calidad del crédito? Cada uno de esos sistemas tenía sus partidarios. El último parecía consagrado por la ley, puesto que el artículo 2096 dice: «Entre los acreedores privilegiados la preferencia está arreglada por las diferentes calidades de los privilegios.» Pero ¿cómo apreciar dichas calidades? El legislador lo debería haber hecho, por que es él quien determina la calidad en razón de la que se privilegia un crédito. Pero el Código guardó silencio acerca de la calidad de los privilegios generales y de los privilegios especiales; no decía nada, ni siquiera del lugar de los privilegios especiales cuando concurren entre sí. En el silencio de la ley el juez debía estimar los privilegios conforme á su causa; pero el legislador no dictó ninguna regla; por lo que resultó la incertidumbre y la arbitrariedad.

La nueva ley llenó este vacío. Después de recordar las dos opiniones que dividían la jurisprudencia en lo relativo al lugar de los privilegios generales y el de los especiales,

la comisión especial dijo en su informe: «La comisión no adoptó de una manera absoluta ni uno ni otro de estos sistemas. Es imposible decidir la cuestión de preferencia por la única consideración de generalidad en unos y especialidad en otros, porque estas calidades no son la consecuencia del grado de favor que la ley da á estas dos clases de privilegios sino el resultado de la naturaleza misma de los créditos en razón de los que fueron establecidos. Estas calidades no pueden, pues, tener ninguna influencia en su colocación, el que sólo se debe determinar según el carácter más ó menos favorable del crédito y no conforme á la generalidad ó especialidad de los privilegios. La cual determinó á la comisión á dar la preferencia, en caso de concurso de privilegios mobiliarios, ya á los generales ya á los especiales.»

La nueva ley basó el lugar de los privilegios en su calidad, abstracción hecha de su generalidad ó especialidad. Sin embargo, este principio recibió una notable restricción. Después de haber arreglado la categoría relativa de los privilegios generales especiales la ley agrega (art. 26): «Los demás privilegios generales se hallan prevalecidos por los especiales.» Así la ley belga admite, en cierto límite, la preferencia de los privilegios especiales á los generales. ¿Cuál es la razón? Se supone que no hay motivo para dar la preferencia á ciertos privilegios generales sobre los especiales; en este caso los privilegios especiales prevalecen en razón de su especialidad. La preferencia se justifica por esta consideración: que el privilegio especial es una excepción que la ley hace á la regla de los privilegios generales; éstos gravan todo el mobiliario, con excepción de los muebles afectados con ciertos créditos. Este es un argumento lógico que tiene su valor; pero sería un error concederle un valor absoluto. Volveremos acerca de la disposición i n del art. 26 que fué criticada por todos los intérpre-

tes de la Ley Hipotecaria, precisamente porque zanja en términos muy absolutos una dificultad que sólo se puede decidir en cada especie particularmente.

§ I.—DEL LUGAR DE LOS PRIVILEGIOS GENERALES ENTRE SI.

522. Los créditos privilegiados sobre la generalidad de muebles se ejercen en el orden determinado por el artículo 19 (Código Civil, art. 2101). Varios acreedores pueden tener la misma categoría; por ejemplo, los diversos acreedores que tienen derecho á un privilegio por gastos de última enfermedad ó por el abasto de subsistencia. Se aplica en este caso el art. 14, en cuyos términos los acreedores privilegiados que tengan igual categoría se les paga por concurrencia. Volveremos á esta disposición.

523. Hay un privilegio general que no solamente prevalece á los demás privilegios generales sino también á los especiales y también, como lo diremos más adelante, á los privilegios sobre los inmuebles: son las costas judiciales; pero la preferencia no es absoluta; el art. 21, que da el primer lugar á este privilegio, al mismo tiempo hace una restricción: «Las costas judiciales prevalecen á todos los créditos en interés de los que se hayan hecho.» Esta preferencia se deriva del principio establecido por el art. 17, que dice: «Los gastos de justicia están privilegiados en los muebles é inmuebles para con todos los acreedores en cuyo interés fueron hechos.» ¿Cuál es la razón de esta preferencia? Las costas judiciales son gastos necesarios que deben hacer los acreedores y que, por consecuencia, deben sufrir. Esta razón se aplica á los acreedores privilegiados tanto como á los quirografarios, porque los primeros también deben hacer gastos para conservar su privilegio, para liquidar y percibir el valor; luego las costas judiciales deben prevalecer á los

privilegios en interés de los que se hayan hecho. Esta preferencia, por su naturaleza, no es absoluta; hay costas que aprovechan á ciertos acreedores y que no aprovechan á los demás; prevalecerán á los primeros y no á los segundos. La categoría es relativa, puesto que la causa del lugar es relativa. Lo que dijimos de la causa del privilegio de las costas judiciales se aplica, pues, al lugar ó categoría que la ley les asigna.

§ II.—CONCURSO DE PRIVILEGIOS GENERALES CON LOS PRIVILEGIOS SOBRE CIERTOS MUEBLES.

524. "Los gastos hechos para la conservación de la cosa prevalecen á los privilegios anteriores" (art. 22). ¿Cuál es la razón de esta preferencia? Los gastos de conservación son un desembolso necesario, sin el cual los objetos gravados con privilegios anteriores habrían perecido, siendo por dichos gastos por los que los acreedores anteriores pueden ejercer su privilegio; es justo que soporten un gasto que les ha conservado su derecho; es decir, que á su privilegio lo prevalecen los gastos de conservación. (1) Este privilegio merece, pues, el primer lugar; pero es un lugar relativo, como la causa que lo determina; los gastos de conservación son extraños á los acreedores cuyos privilegios no recaen sobre los muebles conservados; luego no los puede prevalecer el acreedor de los gastos de conservación. ¿Cuáles son, pues, los acreedores á quienes prevalece el privilegio de dichos gastos? Los acreedores privilegiados sobre la generalidad de los muebles porque su derecho de preferencia se extiende necesariamente á los muebles conservados; y los acreedores privilegiados especialmente sobre objetos mobiliarios que han sido conservados por el acreedor de los gastos necesarios. Tales son los acreedores prendistas, los dado-

1 D'Anethán, informe al Senado (Parent, p. 407).

res, posaderos y carruajeros. No hay más que distinguir, como se hacía bajo el imperio del Código Civil, si el acreedor anterior ha conocido ó ignorado los gastos de conservación; el legislador tal vez habría hecho bien en exigir que el acreedor de esos gastos avisara al dador; por ejemplo, para que éste pudiera estipular nuevas garantías; pero no lo ha hecho; y considerado en sí el crédito de los gastos de conservación merece el favor que la ley les hace. (1)

525. Al decir que los gastos de conservación prevalecen á los privilegios anteriores la ley dice implícitamente que no prevalecen á los privilegios posteriores. Este es un argumento *a contrario*; es verdad que en sí no tiene gran valor; pero aquí se apoya en los principios tales como fueron admitidos bajo el imperio del Código Civil. Si el conservador aventaja á los privilegios anteriores es que ha obrado en su interés, y no se puede decir del obrero que hace gastos necesarios en un mueble que conserva los privilegios que más tarde nacen, porque es imposible conservar derechos que no existen. La redacción primitiva del art. 22 marcaba esta diferencia entre los privilegios anteriores y los posteriores; estaba concebido así: "Los que han hecho gastos para la conservación de la cosa sólo son preferidos á los acreedores que tenían en la cosa un derecho de privilegio anterior." La redacción actual expresa la misma idea, y tal fué también la mente de los autores de la ley. Se lee en el informe del Sr. D'Anethán al Senado. "Si después de conservada la cosa otros privilegios son creados estos acreedores nuevos no deben ver reducidos sus derechos por el pago de privilegios en gastos anteriores y que pueden ignorar" (2)

1 Martou la critica (t. II, p. 175, núm. 522). Compárese Valette, p. 156, número 116.

2 D'Anethán, informe (Parent, p. 407). Compárese Troplong, núm. 62.

526. ¿Si el privilegio de los gastos de conservación no prevalece al privilegio posterior debe concluirse de esto que éstos le prevalecen? Así podría sostenerse arguyendo a contrario del art. 22 que acabamos de explicar. El argumento sería malo, pues está en oposición con el texto mismo del art. 22, cuyo primer inciso dice que los gastos de conservación prevalecen siempre á ciertos privilegios generales. No hay, pues en este punto una regla absoluta; hay que distinguir si los gastos de conservación están en conflicto con privilegios especiales ó si están en concurso con los privilegios generales.

El obrero que hace trabajos necesarios puede encontrarse en conflicto con el acreedor prendista, el dador, el fondista ó el conductor. Diremos más adelante que prevalecen al vendedor, y aun á los gastos de funerales, el más favorecido de los privilegios. Con mayor razón deben prevalecer al acreedor de los gastos de conservación; esta preferencia se liga á la naturaleza ó á su derecho; han tratado bajo la condición de una garantía especial; tienen, pues, que gozar de esta garantía por completo. Sin embargo, hay que hacer una restricción. Si el prendista prevalece al vendedor es bajo la condición de que sea de buena fe. Lo mismo debe suceder cuando están en conflicto con el obrero; es necesario que hayan ignorado el privilegio de los gastos de conservación en el momento en que el empeño tomó nacimiento. El informe de la comisión del Senado que hemos citado (núm. 525) confirma esta interpretación, pues supone que los acreedores posteriores á los gastos de conservación pueden ignorar la existencia del privilegio; si lo conocen ya no pueden contar con el valor entero de una cosa que ya está gravada con un privilegio; luego deben sufrir el privilegio anterior. (1)

El obrero que hizo trabajos necesarios puede también

1 Martou, t. II, p. 176, núm. 522. Compárese Cloces, t. I, p. 357, núm. 617.

encontrarse en concurso con privilegios generales posteriores. Acerca de esta hipótesis tenemos un texto; el segundo inciso del art. 22 dice que los gastos de conservación prevalecen en todos los casos á los privilegios comprendidos en el art. 19 en sus tres últimos números. Así los gastos de última enfermedad y los alimentos y salarios de domésticos, dependientes y obreros, así como los abastos de subsistencia, siempre son preferidos por los gastos de conservación aunque éstos hayan sido hechos antes que nacieran estos privilegios generales. Se ha criticado esta preferencia absoluta; entre los privilegios generales que se ven preferidos por los gastos de conservación se encuentran los abastos de alimentos y los gastos de última enfermedad: ¿puede haber un privilegio más favorable? Esto es también un privilegio de conservación, puesto que conserva la vida del deudor; ¿y aquel que conserva la vida del deudor no merece más favor que aquel que conserva un mueble? (1)

Los demás privilegios generales que son posteriores á los gastos de conservación son los gastos funerarios y los de justicia. En cuanto á los últimos prevalecen al privilegio de conservación si fueron hechos en interés de este privilegio; y los gastos funerarios prevalecen á todos los demás privilegios, como lo diremos más adelante (art. 25). (2)

527. El privilegio de los gastos de funerales, dice el art. 25, prevalece á todos los privilegios. Esta preferencia se explica por la causa del crédito privilegiado; es el único privilegio que está establecido en interés público, y el interés de la sociedad debe prevalecer al de los particulares. Pero esta preferencia sólo es justa para los gastos de funerales que no pasan de la necesidad social que originó su privilegio (números 307 y 360).

La preferencia concedida al privilegio de los gastos de

1 Martou, Comentario, t. II, p. 177, núm. 527.

2 Cloces, Comentario, t. I, p. 357, núm. 618.

funerales no es tan absoluta como parece; el art. 25 le trae restricciones, de modo que la naturaleza de los créditos con los que concurre ejerce una influencia en el rango de este privilegio como influye en el rango de todos los créditos privilegiados. Desde luego los gastos de funerales son preferidos por los gastos de justicia; preferencia muy legítima, puesto que se supone que estos últimos han sido hechos en interés del acreedor de los gastos de funerales. En segundo lugar los gastos de funerales son preferidos por los gastos posteriores para la conservación de la cosa; esto es la aplicación de la regla general establecida por el art. 22 (número 524). En fin, los gastos de funerales son también preferidos por los privilegios del fondista, del conductor y del acreedor prendista; la razón es que el empeño expreso ó tácito en el que descansan debe asegurarle una completa garantía, si no los acreedores serían engañados, pues creyeron tratar en fe de esta garantía especial. La ley no cita, entre los acreedores que pueden llamarse prendistas, al dador, cuyo privilegio está también fundado en un empeño tácito. ¿Hay alguna razón de esta aparente anomalía? El dador tiene un privilegio mucho más extenso que el de los demás acreedores prendistas; es casi un privilegio general, puesto que reina en todo lo que está en la casa arrendada, mientras que el privilegio del acreedor prendista está limitado al objeto empeñado, cuyo valor está ordinariamente en relación con el monto del crédito; de modo que el acreedor tendría que perder si se viera preferido por los gastos de funerales. Hay una consideración análoga en favor de los fondistas y de los conductores, cuya prenda está también limitada á determinados objetos. La prenda del dador, al contrario, pasa ordinariamente el monto de su crédito; la ley podía, pues, sin injusticia preferirle los gastos de funerales suponiendo siempre que éstos no pasen de lo exigido por las necesidades sociales.

La ley trae una excepción á la disposición excepcional que acabamos de explicar. Comienza por establecer como regla que los gastos de funerales prevalecen á todos los privilegios; luego vienen tres excepciones á la regla. La tercera da la preferencia á los acreedores prendistas, pero con esta restricción: «En tanto que éstos no estén preferidos por el vendedor del objeto empeñado.» El vendedor prevalece á los prendistas cuando éstos saben, al recibir la cosa, que el precio no ha sido entregado. Y los gastos de funerales prevalecen siempre al vendedor, luego prevalecen á los prendistas. Esta es la aplicación del antiguo adagio: *Qui vincit vincentem te, te quoque vincit*. El acreedor de los gastos de funerales hace este raciocinio: prevalezco al vendedor, el cual prevalece al prendista; luego debo prevalecer al prendista.

§ II.—DEL CONCURSO DE PRIVILEGIOS ENTRE SÍ.

528. La ley no prevee todos los casos posibles de concursos entre los privilegios especiales. Estos privilegios están en número de ocho; consultando sólo este número pudieran presentarse numerosos conflictos entre los acreedores privilegiados en ciertos muebles. Pero estos conflictos se presentan amenudo en la vida real, y es inútil preverlos, basta fijar los concursos ordinarios; las disposiciones que la ley contiene acerca de estos casos serviría de juez para decidir por analogía las dificultades raras que la ley no ha previsto.

529. «El acreedor prendista, el fondista y el conductor están preferidos al vendedor del objeto mueble que les sirve de prenda, á no ser que hayan sabido al recibirlo que el precio se debía.» Ya hemos dicho cuál es la razón del favor que la ley testifica á los acreedores llamados prendistas (núm. 527). Prevalecen aun al propietario, puesto que su privilegio versa en objetos que no pertenecían al deudor;

basta que el deudor los posea para que estén marcados por el privilegio de los prendistas, el que se funda en la posesión. Poseyendo las cosas que les sirven de prenda están al abrigo de la reivindicación del propietario por aplicación del principio de que en cuanto á muebles la posesión vale título. Por identidad de razones deben estar al abrigo de la acción del acreedor privilegiado tal como el vendedor, no pudiendo tener el privilegio más efecto que la propiedad.

Se ha pretendido que el conflicto entre el vendedor y los acreedores prendistas era imposible. En efecto, dice Troplong, para que el vendedor tenga un privilegio es necesario que el comprador tenga la cosa; y si el comprador la empeña es el prendista quien posee; luego el vendedor no tiene ya su privilegio; por tanto, no podía haber concurso entre él y los prendistas. Ya hemos contestado con anticipación á esta objeción. El comprador que empeña la cosa no pierde la posesión, continúa poseyéndola como propietario; lo que no impide al prendista poseerla en virtud de su derecho real. Hay, pues, dos posesiones que concurren; por tanto, puede haber dos privilegios fundados cada uno en la posesión. Nuestra ley lo decide implícitamente, pues no hubiera fijado la preferencia entre dos privilegios si éstos no tuvieran que concurrir. (1)

La preferencia de los prendistas sobre el vendedor, fundada en derecho, está también fundada en la equidad; el relator de la comisión del Senado lo hace notar: «Es conveniente, dice M. d'Anethán, preferir el acreedor prendista, el fondista y el conductor al vendedor. Este pudo tomar precauciones que no implican la naturaleza de las operaciones que aquéllos hacen.» ¿Cuáles son estas precauciones que puede tomar el vendedor para conservar su privilegio contra los acreedores prendistas? El art. 23 pone una condición á la preferencia que concede á los acreedores prendistas contra

1 Martou, Comentario, t. II, p. 178, núm. 528.

el vendedor: es que no hayan sabido, al recibir la cosa, que el precio se debía; es decir, que hayan sido de buena fe. Si sabían que se debía el precio serán preferidos por el vendedor, puesto que entonces serán de mala fe; y su privilegio, así como el lugar que le da la ley, se fundan en la posesión de buena fe que pueden oponer á cualquier tercero promoviendo en virtud del derecho real, aun al propietario. Esto es la aplicación de la regla del art. 2279 que desempeña tan gran papel en materia de privilegios mobiliarios. Resulta de esto que el vendedor no pagado tiene un medio muy sencillo de resguardar su derecho para con los acreedores prendistas: es darles á conocer la existencia de su privilegio.

No debe concluirse de esto que el vendedor debe necesariamente dar á conocer su privilegio á los acreedores prendistas para impedir que éstos le prevalezcan. La ley no dice esto; basta según el texto que los prendistas hayan sabido que el precio de la cosa que les fué empeñada se debía, porque no pueden oponer su privilegio al vendedor. La ley no dice cómo deben adquirir este conocimiento; por tanto, basta que lo sepan por cualquiera vía. Queda la dificultad de prueba. Toca al vendedor que reclama su privilegio contra los acreedores prendistas probar que éstos sabían que el precio de la cosa se debía. ¿Cómo dará esta prueba? Según el derecho común, puesto que la ley no lo dice ya. Diremos más adelante cuál es este derecho común al explicar el segundo inciso del art. 23.

Se supone que los acreedores prendistas ignoraban al recibir la prenda que el precio se debía aún; más tarde pueden saberlo; por ejemplo, por una notificación del vendedor. ¿Conservarán, no obstante, su privilegio contra éste? El texto decide la cuestión: los prendistas no están considerados como siendo de mala fe sino cuando sabían *al recibir la cosa*

que el vendedor no había sido pagado. Si en aquel momento eran de buena fe prevalecen al vendedor. La notificación que éste les hiciera posteriormente no puede quitarles un derecho que tienen adquirido (núm. 419).

530. «El privilegio del vendedor sólo se ejerce después del del propietario de la casa ó de la finca rústica, á no ser que cuando el transporte de los muebles en el local arrendado el vendedor haya dado á conocer al dador que no se le tenía pagado el precio» (art. 23). ¿Por qué da la ley la preferencia al dador sobre el vendedor? El motivo jurídico es el mismo que el que se da para justificar la preferencia de los acreedores prendistas (núm. 529); hasta puede decirse que ambas hipótesis son idénticas, puesto que el dador tiene un empeño tácito tanto como el fondista y el conductor; el legislador hubiera, pues, debido comprender el segundo inciso en el primero. Sin embargo, estableció una diferencia que es muy difícil explicar, como lo diremos más adelante. Militan también consideraciones de equidad en favor del dador. El relator de la comisión del Senado lo ha expresado: «El vendedor, dice M. D'Anethán, no puede conservar su privilegio más que si el objeto vendido está aún en posesión del deudor; la prudencia le manda, pues, asegurarse del lugar en que se encuentra depositado; y si este objeto está depositado en una casa arrendada la buena fe quiere que advierta al dador que el objeto no está pagado. El dador, por el contrario, no tiene la misma facilidad para saber si los muebles que están en su casa fueron ó no pagados; es, pues, equitativo que la ley le venga en auxilio.» (1)

531. La preferencia concedida al dador supone que es posesor de buena fe, pues bajo el punto de vista jurídico esta preferencia es una consecuencia de la regla de que en cuanto á muebles la posesión vale título; y esta regla implica que aquel que invoca su posesión contra la propiedad

1 D'Anethán, informe [Parent, p. 407].

ó contra el derecho real sea de buena fe. En principio la buena fe es una cuestión de hecho; habría, pues, que decir que el dador deja de ser de buena fe cuando por cualquiera vía supo que los muebles que están en el local arrendado no habían sido pagados. La ley parece derogar este principio al exigir que cuando el transporte de los muebles en el local arrendado el *vendedor haya dado á conocer al dador* que se le debía el precio. ¿Debe concluirse de esto que el vendedor tiene que hacer una notificación al dador? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto hay dos dificultades en la aplicación del artículo 23. Primero se trata de saber de qué modo, por quién, supo el dador que el vendedor no fué pagado. Después se trata de saber cómo probará el vendedor que el dador sabía, cuando el transporte de los muebles, que el precio aún se debía.

En cuanto á la primera cuestión está decidida por el texto de la ley; exige muy expresamente que el *vendedor haya hecho del conocimiento del dador* que los muebles llevados al local arrendado no estaban pagados. Basta, pues, con que el dador lo haya sabido por un tercero; corresponde al vendedor la obligación de poner este hecho en conocimiento del dador. El informe de la comisión del Senado está concebido en este sentido (núm. 536) y el Relator de la comisión de la Cámara de los Representantes es más explícito; exige que el vendedor lo notifique al dador: acerca de este punto nosotros hacemos nuestras reservas. Lo que confirma esta interpretación es que el legislador belga tomó del Código Civil la disposición del art. 23 que da al dador la preferencia sobre el vendedor, pero no la reprodujo sin modificarla. El artículo 2102, 4.º, está concebido así: «El privilegio del vendedor no se ejerce, no obstante, sino después del del propietario de la casa ó de la granja, á menos que se probara que el propietario *tenía conocimiento* de que los muebles que amueblaban la casa no pertenecían al inquilino.»

De esta manera el Código se conformaba con el hecho de que el dador sabía que el inquilino no era propietario, mientras que la Ley Hipotecaria quiere que cuando el transporte de los muebles al local alquilado el vendedor dé á conocer al dador que aun se debe el valor de ellos. Este cambio de redacción es significativo y concuerda con las explicaciones dadas por las comisiones de las dos cámaras.

Nos parece imposible, sobre todo en materia de privilegios, separarse á la vez del texto de la ley y de los trabajos preparatorios. Queda por saber si la condición exigida por la ley tiene razón de ser. Es cierto que en principio el simple hecho de que el dador sepa que el precio de los muebles se debía bastaba; nos trasladamos á lo que se dijo acerca del privilegio del dador (núms. 421 y siguientes). La misma ley aplica el principio al concurso del vendedor con los prendistas; no exige que el vendedor dé conocimiento de su privilegio á los prendistas, basta que éstos sepan al recibir la cosa que el precio se está aún debiendo; ¿por qué establece la ley en el segundo inciso un principio diferente del que sigue en el primero cuando en ambas disposiciones se trata de acreedores prendistas? Hay una explicación de esta aparente anomalía. El vendedor puede muy fácilmente saber si los muebles que vende son transportados á una casa alquilada; la ley puede, pues, exigirle que advierta al dador la existencia de su privilegio; mientras que es más difícil para los efectos del viajero y para los que se le entregan al carrujero. Esta es una consideración de hecho que no tiene valor en una materia dominada por la equidad. Por lo demás, ya sea que se admita ó no esta explicación, siempre queda el texto terminante y no se puede uno separar de él cuando se trata de privilegios.

Se debe agregar que cuando el traslado de los muebles al local arrendado es cuando el vendedor debe hacer conocer al dador que el precio no está pagado. Si en este mo-

mento guarda silencio el privilegio del dador prevalecerá al del deudor. El texto es terminante y en materia de privilegios todo es de rigor. Esto se juzgó así en una especie en la que el vendedor se había reservado la propiedad hasta el pago del precio. El vendedor se prevaleció de la cláusula para reivindicar el objeto vendido. Lo que era desconocer el principio del art. 2274, que no permite reivindicar contra un poseedor de buena fe. (1)

532. Distinta es la cuestión de saber cómo probará el vendedor que dió conocimiento al dador de que el precio de los muebles no se había pagado. Aquí el derecho común vuelve á tomar su imperio. Al vendedor le incumbe la prueba, puesto que reclama su privilegio contra el dador. La ley no dice cómo se hará la prueba; se atiene por esto mismo á los principios generales que establece el Código en el título *De las Obligaciones*. La dificultad está en saber si es necesaria una notificación. Nó, y esto no nos parece dudoso. Conforme al derecho común la prueba de los hechos puros y simples puede hacerse por testigos indefinidamente, cualquiera que sea el monto pecuniario del litigio; mientras que los hechos jurídicos deben probarse por escrito desde que la cosa supera al valor de 150 francos. Se debe, pues, ver antes que todo si el hecho de que el dador ha sabido ó no que el precio se debía es un hecho jurídico ó material. En general la buena ó la mala fe es un punto de hecho que se establece por testigos (núm. 421). En el caso previsto por el art. 23 la buena ó la mala fe es un punto de derecho, puesto que la ley dispone que el dador no puede ser constituido de mala fe más que por el conocimiento que el vendedor le da del hecho de que el precio no está pagado. Se debe, pues, aplicar la regla del art. 1341; si la cosa litigiosa es de un valor inferior á 150 francos el ven-

1 Sentencia del Tribunal de Huy de 6 de Abril de 1875 [Pasicrisis, 1876, 3, 193].

dedor estará admitido á probar por testigos que hizo conocer al dador que el precio se estaba debiendo; si la cosa sobrepasa á este valor deberá hacer la prueba por escrito en el sentido de que no se le admitirán los testimonios. Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en favor de esta opinión, (1) la que no nos parece dudosa.

Sin embargo, está controvertida. Se sostiene que es necesaria una notificación, fundándose en los trabajos preparatorios. En efecto, el informe de la comisión de la Cámara de Representantes es terminante. Se lee en él que [es exclusivamente en el caso en que se se haya dado conocimiento al dador, cuando el traslado de los muebles al local arrendado, en el que el privilegio del vendedor prevalece al del dador. ¿Quién dará conocimiento de este hecho y en qué forma? El Relator contesta que se debe aplicar el artículo 1813, que sentamos como principio general, dice. M. Lelièvre cita en apoyo de esta declaración la jurisprudencia que bajo el Código Civil interpretó en este sentido el art. 2102; hace alusión á una sentencia de la Corte de Bruselas que exige una prueba escrita que resulta de una notificación ó de un reconocimiento del dador. (2) El artículo 1813 es aún más exigente, quiere una notificación. Si este artículo se rige en la ley se debe decir que el deudor deberá hacer una notificación al dador y que en su defecto el dador estará presumido de buena fe sin que el vendedor esté admitido á la prueba contraria. Esta interpretación ha sido muy combatida por un excelente jurisconsulto. (3) Martou va demasiado lejos diciendo que el art. 23 consagra el derecho común; ya hemos establecido que lo deroga (núm. 531), pero Martou tiene razón en decir que una notificación no es necesaria para que el vendedor sea pre-

1 Bruselas, 31 de Enero de 1860 (Pasiorisía, 1860, 2, 245).

2 Lelièvre, Informe (Parent, p. 125). Delebecque, Comentario, núms. 149 á 151. Cloes, t. I, p. 360, núms. 623 y siguientes.

3 Martou, Comentario, t. II, p. 179, núm. 529.

ferido al dador. Hay una invencible prueba de esto, y es el texto de la ley. Martou hace mal en apelar á los principios; no se trata de saber lo que éstos requieren sino lo que quiere el legislador; y si el legislador hubiera dicho lo que dice el relator de la comisión habría que someterse á su decisión, aunque fuera contraria á los principios. Pero la ley no dice lo que dijo M. Lelièvre, no prescribe la notificación como lo hace el art. 1813, ni siquiera habla de la prueba que debe dar el vendedor para establecer que dió á conocer su privilegio al dador; se limita á disponer que el vendedor debe dar conocimiento al dador de que los muebles no fueron pagados; y el intérprete no puede exigir lo que la ley no exige. Se dirá en vano que debe interpretarse la ley conforme á los trabajos preparatorios contestaremos lo que ya hemos contestado muchas veces, que los informes y los discursos sólo tienen una autoridad doctrinal; el error de un relator ó de un orador no hace ley, á no ser que la ley lo consagre.

533. Queda una dificultad en esta difícil materia, pero que sólo es difícil porque los intérpretes no se apegan al texto. Se pregunta si el vendedor puede reivindicar la cosa vendida en el caso en que el dador es de buena fe. El vendedor tiene un privilegio y un derecho de reivindicación. No puede ejercer su privilegio contra el dador de buena fe: ¿puede reivindicar la buena fe del dador? En la opinión que hemos enseñado acerca del derecho de reivindicación la negativa no es dudosa. La reivindicación del vendedor no es una acción real entendida en virtud del derecho de propiedad; es, sin embargo, un acto conservatorio que el vendedor ejerce cuando está en peligro de perder la cosa y el precio con objeto de impedir que el comprador revenda. Puesto que la reivindicación no es más que una sentencia del privilegio no se concibe que el vendedor reivindique cuando no podrá ejercer su privilegio: la sanción no puede

sobrepasar al derecho que está destinado á asegurar. La cuestión está, sin embargo, controvertida. (1) Creemos inútil entrar en este debate, puesto que, en nuestro concepto, los principios son seguros.

534. «Las sumas debidas por las siembras ó gastos de cosecha del año se pagan del precio de esta cosecha, de preferencia al dador, en uno y otro caso» (art. 24). Esta preferencia procede de la misma causa del privilegio; el acreedor de las siembras, de los gastos de cosecha y de los utensilios, tiene un privilegio porque procuró la cosecha, y sin ella el dador no podría ejercer su privilegio en los frutos; luego el primer privilegio debe prevalecer al segundo.

¿Los acreedores que tienen un privilegio en la cosecha se prefieren también á los hipotecarios que expropian el fundo cuando los frutos están en pie? La Corte de Casación se pronunció contra los acreedores privilegiados. Parte del principio muy justo que los privilegios son de derecho estrecho y que las disposiciones que á ellos se refieren deben ser restringidas á los términos expresos del texto. ¿Y cuál es el privilegio de que gozan los acreedores por siembra y gastos de cosecha? La ley lo dice: es un privilegio en la cosecha; luego un privilegio mueble que no puede ejercerse más que cuando los frutos están cosechados; este privilegio no recibe aplicación á los frutos en pie, que son inmuebles. El concurso que supone el art. 2102 (Ley Hipotecaria, artículo 23) no existe más que entre el dador, acreedor privilegiado en los muebles, y el abastecedor de semillas y el acreedor por gastos de cosecha, que ejercen igualmente sus privilegios en los frutos cosechados. Y cuando los acreedores hipotecarios embargan el fundo cargado con frutos en pie el conflicto existe entre una hipoteca; es decir, un derecho inmobiliario y privilegios muebles. El art. 2102 (Ley Hi-

1 Véanse, en sentido diverso, Martou y las autoridades que cita, t. II, página 182, núm. 530.

potecaria, art. 23) es extraño á esta hipótesis, que queda regida por la ley sobre embargos. ¿Y qué dice el Código de Procedimientos? En el momento del embargo los frutos son inmuebles por su naturaleza (Código Civil, art. 520) y permanecen inmuebles después de haber sido desprendidos del suelo (Código de Procedimientos, art. 682). Luego cuando los acreedores privilegiados están sin derecho. (1)

535. Los gastos de semillas y de labor también han dado lugar á otra dificultad. Un arrendamiento rústico es rescindido. El dador se apropió la cosecha en pie para pagarse las rentas; pretendió apartar al acreedor de semillas y de gastos de labor diciendo que era deudor de estos gastos para con su arrendatario y que esta deuda se compensaba con el monto de sus rentas. Cuestión de saber si el acreedor de los gastos de siembra y labores podía reclamar su privilegio. La Corte de Casación sentenció que estos gastos constituyen un cargo según el art. 2102, núm. 1, § 4, cargo de que está gravado el derecho de privilegio del propietario en la cosecha del año. El Código no lo dice así; da al acreedor de semillas y gastos de labores un privilegio que prevalece al del dador; esto es de evidencia conforme á nuestra Ley Hipotecaria que trata de ambos privilegios en números separados y de la preferencia en un artículo aparte. ¿Hay lugar á ejercer el privilegio en el caso? Sí cuando el arrendatario está insolvente ó si hay concurso de acreedores. Aun en esta hipótesis quedaba una dificultad. La venta de los frutos no había tenido lugar en remate, el propietario era deudor del precio; en tales circunstancias ¿podía el acreedor ejercer su privilegio? En la opinión que hemos enseñado sí; en la opinión general nó. ¿Será para escapar á esta contradicción por lo que la Corte de Casación llama al privilegio de semillas y gastos de labor *un cargo*

1 Denegada, 11 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 119).

cuyo monto se deduce de su derecho privilegiado? (1) Esto es eludir la dificultad, nos parece, y no resolverla.

536. «Las sumas debidas por utensilios que suben á la explotación se pagan del precio de estos utensilios por preferencia al dador» (art. 24). Esta preferencia tiene la misma causa y el mismo carácter que la que la ley concede á los gastos de siembra y de cultivo. Debe, pues, aplicarse al concurso del acreedor y del dador lo que acabamos de decir (núms. 534-535).

§ IV.—CONCURSO DE PRIVILEGIOS QUE TIENEN EL MISMO PRIVILEGIO.

537. Según el art. 14 los acreedores privilegiados que tienen el mismo lugar se pagan por concurrencia; luego por contribución. No hay preferencia entre ellos, puesto que la causa de sus privilegios es idéntica. El acreedor más antiguo no puede pretender una preferencia en los demás, porque la antigüedad no es un motivo de preferencia entre acreedores privilegiados (núms. 310-311). Importa, pues, mucho saber cuándo los privilegios tienen el mismo lugar. Estando el lugar entre acreedores privilegiados determinado por la calidad del crédito hay que decir que los créditos que tienen la misma calidad tienen también el mismo lugar. (2) El principio no es contestable, pero hay dificultades en su aplicación.

538. Las costas judiciales son numerosas y constituyen otros tantos créditos diversos. ¿Hay entre ellas una razón de preferencia ó debe aplicarse el principio del art. 14? No hay más causa de preferencia entre acreedores que las que la ley establece. Y la ley no deroga la regla consagrada por el art. 14 en materia de costas judiciales; luego la re-

1 Denegada, Sala Civil, 11 de Julio de 1864, después de deliberada en Sala d Consejo (Daloz, 1864, I, 488).

2 Pont, t. I, p. 168, núm. 183.

glá queda aplicable. La Corte de Casación lo sentenció así; (1) y la cosa es tan evidente que no valdría la pena citarla si una corte de apelación no se hubiera equivocado al clasificar y colocar á diversos acreedores por costas judiciales conforme á la fecha de sus créditos; de modo que los gastos de cédulas prevalecían á los de guarda, y éstos quedaban preferidas á los de inventario. (2) Todos los autores critican la sentencia de la Corte de París. (3) Esta olvidó el principio elemental que domina los privilegios: es que no hay preferencia sin ley entre acreedores; y ¿dónde está la ley que establece una preferencia entre ellos para costas judiciales? La Corte hizo, pues, la ley; y fuera inútil agregar que el intérprete no tiene este derecho si no se lo arrogara tantas veces.

539. ¡Cosa singular! aquellos mismos que critican la sentencia de la Corte de París hacen lo que ésta hizo cuando hay varios acreedores por gastos de conservación. ¿Tienen preferencia entre sí? Debe decirse de los gastos de conservación lo que acabamos de decir de los gastos de justicias el art. 14 les es aplicable porque la ley no lo deroga. Esto es evidente cuando los diversos gastos, todos necesarios, se hacen simultáneamente. Cuando los trabajos de conservación han sido hechos en épocas diferentes hay un ligero motivo de duda, cuando menos en teoría. El acreedor más reciente que hizo en la cosa trabajos de reposiciones ha conservado el derecho de los que antes que él habían hecho gastos necesarios; luego, se dice, debe serles preferido. Este es, dice Martou, el caso de aplicar el art. 22, según el cual los gastos hechos para la conservación de la cosa prevalecen á los privilegios anteriores. Este texto es general; no distingue cuáles son estos privilegios anteriores que conser-

1 Denegada, 8 de Diciembre de 1825 (Daloz, en la palabra Distribución por contribución, núm. 13).

2 París, 27 de Marzo de 1824 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 169).

3 Martou, Comentario, t. II, p. 172, núm. 250.

van los trabajos del obrero; luego éste, que trabaja en último lugar, debe prevalecer á los demás. Martou se olvida del art. 14 que pone una regla general aplicable á todos los privilegios; desde que tienen el mismo lugar se colocan en una misma línea; y siendo idéntica la calidad el lugar debe serlo también: lo que decide la cuestión. El art. 22 no está en oposición con el art. 14 ni lo deroga, por la sencilla razón de que no prevee la hipótesis fijada por el art. 14; en el § 3, en que se halla el art. 22, se trata de privilegios de diversas calidades y la ley estima esta calidad diferente para determinar su rango; mientras que el art. 14 supone privilegios que tienen la misma calidad y, por tanto, el mismo lugar; y entre estos privilegios de calidad y de lugar idénticos la ley no admite preferencia, decide que vienen á contribución. (1)

540. El mismo privilegio se aplica á los diversos cesionarios que han comprado sucesivamente una parte del crédito. La calidad de su crédito es, evidentemente, la misma, puesto que es un solo y mismo crédito el que ejercen; luego vienen á contribución. El cedente, si permaneciera acreedor, no sería preferido á los cesionarios, porque su derecho es idéntico al que ha cedido. (2) Sucedería de otro modo si el acreedor hubiera recibido un pago parcial con subrogación, porque es de principio que la subrogación no perjudica al acreedor. Traducimos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de la subrogación y la cesión (t. XVIII, núm. 15).

§ V.—DISPOSICIONES GENERALES DEL ART. 26.

541. «Los demás privilegios generales son prevalecidos por los privilegios especiales» (art. 26). Así los gastos de

1 Martou, t. II, p. 176, núms. 524 y 525. En sentido contrario, Cloes, t. I, p. 358, núm. 619.

2 Casación, 29 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 481).

última enfermedad, los sueldos de triados, los salarios de empleados y obreros y abastos de alimentos, son preferidos por los privilegios especiales. Resulta que los abastos de alimentos ocupan el último lugar. Se ha criticado con razón esta singular clasificación. Si es loable enterrar á los muertos mucho más lo es no dejar morir á la gente de hambre. Diremos otro tanto de los gastos de última enfermedad. Por aplicación de este principio debe decidirse que el privilegio de los gastos de cosecha (art. 20, 2.º) prevalece al privilegio de los obreros y gentes de servicio (art. 19, 4.º) Esta preferencia era también admitida bajo el imperio del Código Civil. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso notable. Una refinería de azúcar fué secuestrada. Durante el curso de la administración y antes de que se procediera á la distribución del precio procedente de las cosechas fué ordenado, por medida de seguridad pública y humanitaria, que una suma de 11,622 francos se tomara del precio para pagar inmediatamente los salarios de los obreros de la refinería. Resultó que el acreedor de los gastos de cosecha no pudo ejercer su privilegio, habiendo sido agotado el precio de la cosecha con el pago á los obreros. La Corte de Casación sentenció, por informe de Aubry, que habiendo sido pagados los obreros con dinero gravado con el privilegio del acreedor de gastos de cosecha éste quedaba subrogado al privilegio de los trabajadores, privilegio general gravando, según el Código Civil, los muebles y los inmuebles. (1)

542. Esto prueba que las decisiones generales nada valen en esta materia. Debemos agregar que, según la redacción primitiva, la disposición del art. 26 dejaba cierta latitud á los tribunales; decía así: «En general los privilegios generales no prevalecen á los especiales.» Las palabras *en general* implicaban que la regla establecida por la ley no

1 Casación, 15 de Marzo de 1875 [Daloz, 1875, 1, 273].

tiene nada de absoluto; el juez podía apartarse de ella según las circunstancias. ¿Por qué fueron suprimidas estas palabras. Únicamente por escrúpulos de estilo, bastante mal gastados en materia de legislación; la repetición de las palabras *general* y *generales* pareció chocante. Sea; se podía también criticar la expresión como expresando mal la mente del legislador, pere entonces debía haberse agregado que el juez gozaba de un poder de apreciación. Se conformaron con suprimir las palabras *en general*. ¿Qué debe concluirse de esto? Si se atiende uno á la redacción actual el juez queda ligado; no puede, apesar de las circunstancias más favorables, preferir los gastos de subsistencia á los privilegios especiales. ¿Pero no es este el caso de aplicar la regla de interpretación que permite apartarse del texto cuando es seguro que la redacción es contraria á la intención del legislador? Y en el caso se tiene esta seguridad. En efecto, el Ministro de Justicia declaró terminantemente que se trataba de un cambio de redacción, que la idea era la misma en el sentido de que se adoptó la modificación. (1) La voluntad de la Cámara no es dudosa, y debe prevalecer á una redacción imperfecta. Agregaremos que los intérpretes se atienen á la letra de la ley. (2)

FIN DEL TOMO VIGÉSIMO NOVENO.

1 Véase la discusión en Parent, p. 271.

2 Martou, t. II, p. 189, núm. 544, Cloes, t. I, p. 364, núms. 632 y 633.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS.

- | | |
|--|-----|
| 1 Este título fué reemplazado por la ley de 6 de Diciembre 1851. Esta ley prescribe también la publicidad de las actas que interesan á los terceros..... | 3 |
| 2-3 Disposiciones de la ley de 1851 que son extrañas al régimen hipotecario..... | 4-5 |

PRIMERA PARTE.

DE LA PUBLICIDAD DE LAS ACTAS QUE INTERESAN A LOS TERCEROS.

- | | |
|----------------------|----|
| 4 Clasificación..... | 6R |
|----------------------|----|

CAPITULO I.

DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

- | | |
|--|---|
| § I. Crítica del sistema de clandestinidad del Código Civil. | |
| 5 En esta materia el Código desertó la tradición de costumbres de los países de investidura para apegarse á la tradición romana..... | 7 |

tiene nada de absoluto; el juez podía apartarse de ella según las circunstancias. ¿Por qué fueron suprimidas estas palabras. Únicamente por escrúpulos de estilo, bastante mal gastados en materia de legislación; la repetición de las palabras *general* y *generales* pareció chocante. Sea; se podía también criticar la expresión como expresando mal la mente del legislador, pere entonces debía haberse agregado que el juez gozaba de un poder de apreciación. Se conformaron con suprimir las palabras *en general*. ¿Qué debe concluirse de esto? Si se atiende uno á la redacción actual el juez queda ligado; no puede, apesar de las circunstancias más favorables, preferir los gastos de subsistencia á los privilegios especiales. ¿Pero no es este el caso de aplicar la regla de interpretación que permite apartarse del texto cuando es seguro que la redacción es contraria á la intención del legislador? Y en el caso se tiene esta seguridad. En efecto, el Ministro de Justicia declaró terminantemente que se trataba de un cambio de redacción, que la idea era la misma en el sentido de que se adoptó la modificación. (1) La voluntad de la Cámara no es dudosa, y debe prevalecer á una redacción imperfecta. Agregaremos que los intérpretes se atienen á la letra de la ley. (2)

FIN DEL TOMO VIGÉSIMO NOVENO.

1 Véase la discusión en Parent, p. 271.

2 Martou, t. II, p. 189, núm. 544, Cloes, t. I, p. 364, núms. 632 y 633.

INDICE DE LAS MATERIAS

CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS.

- | | |
|--|-----|
| 1 Este título fué reemplazado por la ley de 6 de Diciembre 1851. Esta ley prescribe también la publicidad de las actas que interesan á los terceros..... | 3 |
| 2-3 Disposiciones de la ley de 1851 que son extrañas al régimen hipotecario..... | 4-5 |

PRIMERA PARTE.

DE LA PUBLICIDAD DE LAS ACTAS QUE INTERESAN A LOS TERCEROS.

- | | |
|----------------------|----|
| 4 Clasificación..... | 6R |
|----------------------|----|

CAPITULO I.

DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

- | | |
|--|---|
| § I. Crítica del sistema de clandestinidad del Código Civil. | |
| 5 En esta materia el Código desertó la tradición de costumbres de los países de investidura para apegarse á la tradición romana..... | 7 |

6	Tiene un sistema el Código? Incoherencia de sus disposiciones.....	8
7	Crítica de la clandestinidad en lo relativo al tercer adquirente.....	9
8	La clandestinidad de las actas translativas de propiedad hace inútil la publicidad de los privilegios é hipotecas.....	12
9	Los terceros quirografarios se encuentran sin garantía.....	13
10	Peligros que resultan para los terceros de la falta de publicidad de los cargos que gravan los inmuebles y los arrendamientos por largos plazos.....	14
11	La publicidad entra en todos los peligros y ofrece entera garantía á todos los terceros adquirentes, acreedores hipotecarios y quirografarios.....	14
12	La publicidad resguarda también los intereses de los propietarios.....	16
§ II. Origen de la publicidad.		
13	Interés que presentan estos orígenes. Desarrollo progresivo del derecho. Cómo la posesión germánica y feudal se transformó en investidura y en transcripción. Por qué se cumplió esta resolución en el Norte de Francia y en Bélgica.....	17
Núm. 1. Los usos del empeño.		
14	Cuáles eran las costumbres del empeño? Que se entendía por <i>deberes de la ley</i> en las costumbres?.....	20
15	Analogía que existe entre el empeño y la tradición romana. Difiere de ésta porque está prescrita en interés de los terceros.....	21
16	El empeño es idéntico á la prescripción. Todos los terceros, aun los acreedores hipotecarios, podían prevalecerse de la falta de empeño, siempre que fueran de buena fe....	22
17	Las actas translativas de propiedad inmobiliar estaban sujetas al empeño. Quid de las sucesiones, particiones y testamentos?.....	24
18	Quid de los derechos reales inmobiliarios? Quid de los arrendatarios?.....	26
19	Los deberes de ley se cumplían ante los jueces de fondo y en justicia ordinaria.....	27
20	Formalidades de la investidura. Intervención de la justicia. Publicidad.....	28
Núm. 2. Del empeño y de la posesión feudal.		
21	Origen feudal del afianzamiento. Se debe repudiar porque remonta á la posesión feudal.....	30

22	Primer origen del afianzamiento de las costumbres; se encuentra en la posesión germánica. Formalidades de la posesión.....	33
23	La toma de posesión feudal es una transformación de la germánica; se encuentra en ella un nuevo aliciente, el de la publicidad.....	35
24	La posesión feudal fué abandonada en toda Francia, con excepción de los países de afianzamiento.....	37
Núm. 3. La legislación.		
25	El edicto de Colbert. El antiguo régimen era irreformable.....	39
26	Ley de la Asamblea Constituyente. Una institución de origen feudal mantenida por una asamblea que abolió la feudalidad hasta en sus últimos vestigios.....	40
27	Leyes de Mesidor, año III, y de Brumario, año VII.....	41
28-29	El Código Civil. El principio de publicidad abolido ó olvidado. La clandestinidad romana consagrada tácitamente. La discusión en el Consejo de Estado. Malas razones de Tronchet.....	43-45
30	El sistema de clandestinidad repudiado en todos los países en que la legislación francesa había sido adoptada. La nueva ley francesa de 23 de Marzo de 1855.....	47

CAPITULO II.

DE LA TRANSCRIPCION.

SECCION I.—De las actas sometidas á la transcripción.

§ I. Del principio.

31	Sólo están sometidas á la transcripción las actas de las que la ley prescribe la publicidad bajo esta forma.....	49
32	Las convenciones translativas ó declarativas de propiedades inmobiliarias que no constan en actas no pueden ser transcriptas y, por tanto, no tienen ningún efecto para con los terceros.....	50
33	Los hechos á los que la ley liga la adquisición de propiedad no están sometidos á la transcripción. Consecuencia que resulta en cuanto á la prescripción.....	51
34	Así sucede con la acción inmobiliar.....	53
35	Quid del advenimiento de una condición suspensiva ó resolutoria? Las convenciones bajo condición suspensiva ó	

- resolutoria deben transcribirse..... 53
- 36 Las adquisiciones que se hacen en virtud de la ley pueden oponerse á terceros sin ninguna publicidad. Cuáles son las adquisiciones legales?..... 54
- 37 Los derechos reales mobiliarios no están sometidos á la transcripción..... 56
- 38 Aplicación del principio..... 58
- 39 La ley no somete á la publicidad más que las actas entre vivos. Por qué la transmisión por vía de herencia no está sometida á la transcripción?..... 60
- 40 Proposición hecha en Bélgica y en Francia para dar publicidad á las mutaciones por sucesión..... 62
- 41 Los testamentos no están sometidos á la transcripción, salvo en materia de substituciones fideicomisarias. Está abrogado el art. 1069 por la Ley Hipotecaria..... 64
- 42 Cuáles son los motivos por los que la ley hace excepción al principio de la publicidad en lo relativo á los testamentos?..... 65
- 43 Actas que interesan á los terceros y que no están sometidas á la transcripción..... 67

§ II. Aplicación.

Núm. 1. De las actas entre vivos á título gratuito.

- 44-47 Los arts. 939-942 quedan abrogados por la Ley Hipotecaria belga?..... 68-72
- 48 Quid de las donaciones entre vivos hechas por los esposos en sus contratos de matrimonio?..... 73
- 49 Está sometida á la transcripción la institución contractual?..... 73
- 50 Debe transcribirse á la muerte del instituyente?..... 75
- 51 Quid de la institución acumulativa?..... 78
- 52 Quid de la donación del art. 1086?..... 78
- 53 Debe transcribirse la donación entre esposos durante el matrimonio?..... 78

Núm. 2. De las actas á título oneroso translativas de propiedad.

I. Principio.

- 54 Las actas translativas de propiedad inmobiliar deben ser transcriptas. Quid si la enajenación tiene por objeto cosas muebles inmovilizadas por incorporación al suelo ó por destino?..... 79
- 55 Están sometidas á la transcripción las acciones inmobiliarias?..... 81

- 56 Están sometidas á la transcripción las actas que constituyen un derecho real inmobiliario? Cuáles son estos derechos? Quid de los privilegios é hipotecas?..... 81

II. Aplicación.

1. De la venta.

- 57 La venta inmobiliar debe ser transcripta. Quid de la promesa de venta, bilateral ó unilateral?..... 82
- 58 Quid de la venta alternativa de un inmueble? Quid de la venta alternativa de dos inmuebles? Cuándo debe hacerse la transcripción y qué debe comprender?..... 83
- 59 Debe ser transcripta la venta hecha en nombre del dueño ó de un tercero sin mandato? Cuándo debe hacerse la transcripción? Cuál será su efecto antes de la ratificación?..... 87
- 60 Quid si la venta se hace por un tercero sin mandato del adquirente? Debe la venta transcribirse, así como la ratificación?..... 88
- 61 Quid de la venta con elección de mandante? La excepción del mandante debe transcribirse?..... 89
- 62 La adjudicación por licitación debe siempre transcribirse... 91

2. De la donación en pago.

- 63 La donación en pago está sometida á la transcripción. Aplicación á los casos previstos por el art. 1595..... 91
- 64 La mujer renunciante que recibe inmuebles de la comunidad en pago de sus devoluciones debe transcribir..... 92
- 65 Quid de las prelações que la mujer ejerce en la comunidad ó contra su marido para el ejercicio de sus devoluciones?..... 93

3. Del cambio.

- 66 El cambio está sometido á la transcripción. Aplicación del principio á la mujer comúda y á la dotal..... 93

4. De la sociedad.

- 67 El acta de sociedad que contiene un aporte inmobiliario debe ser transcripto..... 94
- 68 Quid de la cesión de intereses en una sociedad civil ó mercantil?..... 94
- 69 Las actas de liquidación de una sociedad deben transcribirse cuando comprenden inmuebles..... 95

5. De la transcripción.

- 70 No debe transcribirse la transacción porque en principio no es translativa de propiedad. Debe serlo como acta de

<i>clarativa?</i>	96
71 Cuándo debe transcribirse la transacción?.....	97
6. Del contrato de matrimonio.	
72 Debe transcribirse el contrato de matrimonio?.....	97
73 Hay lugar á la transcripción de la transmisión del usufructo de los propios que se hace bajo el régimen de la comunidad legal en provecho de la comunidad?.....	98
74 Quid si esta transmisión se hace á favor de la comunidad ó del marido en virtud de las convenciones matrimoniales?.....	98
75 Las cláusulas de amueblamiento deben transcribirse? Quid de la cláusula de comunidad universal ó á título universal?.....	99
76 Quid del reemplazo? Debe transcribirse la aceptación de la mujer?.....	101
Núm. 3. De las actas translativas de derechos reales inmobiliarios.	
77 Cuáles son los derechos reales inmobiliarios que la ley somete á la transcripción?.....	102
78 Las servidumbres aparentes deben transcribirse?.....	103
79 Quid de las servidumbres legales? Cuáles son las servidumbres ó cargos cuyos es alicamientos no están sometidos á ninguna publicidad?.....	104
80 Cuáles son las servidumbres ó los cargos que deben publicarse por vía de transcripción?.....	106
81 Quid de las servidumbres establecidas en interés de la agricultura por las nuevas leyes promulgadas en Francia y Bélgica?.....	107
Núm. 4. De la cesión de acciones inmobiliarias.	
82 La cesión de una acción inmobiliar debe transcribirse.....	107
83 Aplicación del principio á la cesión de la acción de reivindicación de un inmueble.....	108
84 Quid de la cesión de la acción de nulidad de un contrato translativo de propiedad?.....	108
85 La cesión de la acción de resolución de un contrato translativo de propiedad está sometida á la transcripción.....	109
86 Quid de la cesión de la facultad de rescate?.....	110
Núm. 5. De las sentencias.	
87 Cuáles son las sentencias sometidas á la transcripción? Es verdad que hay sentencias que reemplazan la <i>convención</i> ? Quid de las sentencias de adjudicación? Innovación de la ley de 15 de Agosto de 1854.....	111

88 Cuáles son las sentencias que reemplazan los títulos y que deben ser transcriptas porque substituyen los títulos?.....	113
89 Cuáles son las demás sentencias que deben transcribirse?.....	114
90 Quid de las sentencias pronunciadas en materia de expropiación por causa de utilidad pública?.....	115
91 Quid de las cesiones amigables que intervienen entre el Estado y el propietario? Jurisprudencia.....	116
Núm. 6. De las renunciaciones.	
92 Cuáles son las renunciaciones que la ley somete á la transcripción?.....	118
93 Se aplica la ley á las renunciaciones de la propiedad tanto como á las renunciaciones á un desmembramiento de la propiedad?.....	119
94 Está sometido á la transcripción el abandono de que se trata en los artículos 650 y 699?.....	120
95 Debe transcribirse la renunciación á una servidumbre? Aplicación del abandono á título oneroso á un derecho de uso.....	121
96 Quid de la renunciación á la prescripción adquisitiva?.....	121
97 Cuándo debe transcribirse la renunciación á una sucesión?.....	122
98 Quid de la renunciación á un privilegio ó hipoteca?.....	123
99 Quid de las sentencias en que consta una renunciación verbal?.....	124
100 Quid de las actas confirmativas? Crítica de las opiniones de Troplong y de Martou.....	124
Núm. 7. De los actos declarativos de derechos reales inmobiliarios.	
101 Debe transcribirse la partición? Por qué razón?.....	126
102 De las objeciones que se han hecho contra la publicidad de la partición.....	128
103 Quid de las sentencias en que consta la existencia de una partición verbal?.....	130
104 Qué particiones deben ser transcriptas? Quid de la partición de ascendientes?.....	131
105 Debe asimilarse en todo la transcripción de las particiones y la transcripción de las actas translativas de propiedad? Traslado.....	132
Núm. 8. De las actas de resolución voluntaria.	
106 Las actas de resolución voluntaria de convenciones translativas de propiedad están sometidas á la transcripción.....	133
107 Cuál es la razón de la diferencia entre la resolución voluntaria y la resolución judicial?.....	134
108 El principio es aplicable á todas las convenciones resueltas por acuerdo voluntario y sin que haya que distinguir si.....	

- eran ó no transcriptas?..... 135
- 109 Quid si la resolucíon se hace en apariéncia amigablemente y en realidad para evitr una resolucíon judicial inevitable? Crítica de la opíon general..... 135
- 110 Quid de las resolucíones que se hacen por vía de retiro?... 138
- 110 bis Si el acta á la que sucede el retrayente no fué transcripta debe éste transcribirla?..... 139

Núm. 9. De las cláusulas agregadas al contrato.

- 111 Estas cláusulas están sometidas á la transcripcíon en virtud del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria..... 140
- 112 Quid si no son relativas á la mutación?... 141
- 113 Quid de las cláusulas agregadas á una acta declarativa de propiedad?..... 142

§ III. De los arrendamientos.

- 114 Por qué somete la ley á la publicidad los arrendamientos por más de nueve años?..... 142
- 115 Por qué no deben transcribirse los arrendamientos por nueve años..... 143
- 116 En qué deroga la Ley Hipotecaria al Código Civil? Quid si un arrendamiento por más de nueve años no está transcripto?..... 145
- 117 Quid si un arrendamiento está renovado antes de su conclusíon? El arrendamiento renovado aprovechará al arrendatario si cuando la venta el primer arrendamiento no expiró aún?..... 146
- 118 Quid de los arrendamientos consentidos posteriormente á la constitucíon de una hipoteca?..... 149
- 119 Cuándo los arrendamientos que contienen un pago anticipado deben transcribirse? Cuál es el motivo de esta publicidad?..... 150
- 120 Quid si los pagos anticipados se hacen durante el curso del arrendamiento? Pueden estos pagos, así como las cesiones de rentas, ser opuestos á los terceros?..... 151
- 121 Quid si el propietario del fondo lo da en anticresis? Razón de la diferéncia que existe entre el anticresista y el cesionario de las rentas..... 154

SECCION II.—Cuáles actas deben ser transcriptas.

- 122 Las actas anteriores á las morales, deben ser transcriptas? 151
- 123 Cuándo es anterior el acta? Debe tener fecha cierta?..... 156

SECCION III.—Formalidad de la transcripcíon.

§ I. Cuáles son las actas transmitidas á la transcripcíon.

- 124 La ley no admite á la transcripcíon más que las actas auténticas. Motivos que se han dado para apartar á las actas privadas..... 157
- 125 Las sentencias se admiten á la transcripcíon. Cuáles sentencias? Debe tener autoridad de cosa juzgada?..... 161
- 126 En segundo lugar se admiten á la transcripcíon las actas auténticas. Qué se entiende por esto? Quid de las actas de conciliación redactadas por el juez del hecho? Quid de las cesiones voluntarias en materia de expropiación por causa de utilidad pública recibidas por los gobernadores?..... 163
- 127 La ley admite también á la transcripcíon las actas privadas reconocidas en justicia. Qué se entiende con esto? El reconocimiento hecho en la oficina de conciliación se admite á la transcripcíon?..... 164
- 128 En cuarto lugar la ley admite á la transcripcíon el acta privada reconocida ante notario. Qué se entiende por esto? Quid del depósito simple? Quid del depósito con reconocimiento?..... 165
- 129 Las actas privadas anteriores á la Ley Hipotecaria se admiten á la transcripcíon si tienen fecha cierta de esta anterioridad..... 166
- 130 Quid de los poderes? Por qué tienen que ser auténticos?..... 167
- 131 Extraño error de una circular ministerial..... 168
- 132 Quid de la autorizacíon marital? Debe darse por acta auténtica?..... 169
- 133 Se admiten á la transcripcíon las actas recibidas en el extranjero? Deben ser auténticas y quién comprueba esta autenticidad?..... 169
- Debe el conservador transcribir todas las actas cuya transcripcíon se le pide ó tiene derecho á negarse á la transcripcíon cuando las actas no deben ser transcriptas y que no se admiten á transcripcíon?..... 172
- 135 Quid si el acta transcripta es nula en la forma ó en el fondo? Es nula la transcripcíon y en qué caso?..... 174

§ II. ¿Cómo se hace la transcripcíon?

- 136 El acta debe transcribirse por entero. Por qué no admitió la ley el sistema de la *inscripcíon* que se sigue para las hipotecas?..... 176
- 137 Qué debe entenderse por *transcribir por entero*? Cuándo puede el acta transcribirse parcialmente?..... 177
- 138 El conservador puede negarse á transcribir un extracto

- analítico..... 178
- 139 Las piezas accesorios anexadas al acta deben transcribirse? Especialmente la sentencia que ordena la venta de un bien perteneciente á un menor? Jurisprudencia..... 179
- 140 Deben transcribirse los poderes? Crítica de la doctrina de Merlin y de Troplong y de la jurisprudencia francesa... 180
- 141 Dónde debe hacerse la transcripción?..... 182
- 142 La transcripción se hace sobre copia auténtica del acta? Esta copia debe comprender las formas y sus legalizaciones si el acta fué hecha en el extranjero..... 183
- 143 Debe el conservador hacer la transcripción inmediatamente? Necesidad de un registro de depósito..... 185
- 144 Cuál es la pena de la transcripción cuando se hace otro día del depósito?..... 186
- 145 El registro de transcripciones es público. En qué sentido? 187
- 146 Los certificados son entregados por el conservador con el nombre del propietario. Por qué no con el del inmueble? 187
- 147 Cuándo puede y debe hacerse la prescripción?..... 188
- 148 Quid en caso de quiebra del donante?..... 189
- 149 Quid después de la muerte del donante?..... 190

§ III. Quién puede y quién debe transcribir.

- 150 Silencio de la Ley Hipotecaria. Están aún en vigor los arts. 940 y 1069 del Código Civil?..... 191
- 151 Quién puede requerir la transcripción?..... 191
- 152 Pueden requerirla los incapaces?..... 192
- 153 Quién debe requerir la transcripción para los incapaces? Quid del curador de un menor emancipado?..... 192
- 154 Quid del marido cuando la mujer obra con autorización de justicia ó cuando no es administrador legal el marido?..... 195
- 155 Pueden los incapaces hacerse restituir contra la falta á la transcripción ó tienen un recurso contra los administradores legales?..... 195
- 156 Es responsable el notario de la falta de transcripción? Cuándo lo es con o mandatario?..... 198

SECCION IV.—Efecto de la transcripción.

§ I. Principio.

- 157 La transcripción sólo se exige por interés de los terceros. Entre las partes la propiedad se transfiere por el solo efecto del contrato, conforme al Código Civil..... 199
- 158 De la aparente anomalía que resulta del sistema de publicidad? Por qué la transcripción no fué prescripta como condición absoluta de la transacción de propiedad?.... 201

- 159 Mientras que el acta translativa no ha sido transcripta no existe para con los terceros. El vendedor permanece propietario para con todos menos para con el comprador..... 203
- 160 Este principio se aplica también á las particiones. El legislador tuvo razón de asimilar la transacción á las actas translativas de propiedad..... 205
- 161 El principio no se aplica al arrendamiento? Por qué?.... 205
- 162 El posesor puede ejercer los derechos que la ley liga á la posesión de buena fe por razón del título translativo de propiedad en virtud del que posee, si este título no fué transcripto: Quid si el posesor ha comenzado á prescribir bajo el imperio del Código Civil?..... 206
- 163 La transcripción no comprueba la certeza de que el inmueble es la propiedad de aquel que lo transcribió..... 207
- 164 No por eso deja de ser útil para ilustrar á los que compran..... 209

§ II. De las actas translativas de propiedad.

Núm. 1. ¿Cuáles son los terceros que pueden prevalecerse de la falta de transcripción?

- 165 Los terceros pueden oponer la falta de transcripción? Cuál es el tercero en esta materia? El principio del art. 1.º de la Ley Hipotecaria? Es aplicable en materia de donación y substitución?..... 210
- 166 En caso de venta sucesiva de un mismo inmueble por el mismo propietario es, de los adquirentes, quien transcribió primero su contrato el que se convierte en propietario..... 212
- 167 Quid si los títulos de ambos adquirentes sucesivos se presentan el mismo día al conservador de hipotecas?..... 213
- 168 El donatario que ha transcripto en donación puede oponer la falta de transcripción á un donante ó á un comprador que no ha transcripto?..... 213
- 169 El art. 1070 está abrogado por la Ley Hipotecaria?..... 215
- 170 Los acreedores hipotecarios son terceros..... 216
- 171 La nueva ley abroga el art. 834 del Código de Procedimientos..... 218
- 172 Los acreedores hipotecarios pueden embargar el inmueble hipotecado después que el deudor lo enajenó y que la venta no fué transcripta..... 219
- 173 Los acreedores quirografarios son terceros? Jurisprudencia de la Corte de Casación de Bélgica..... 221
- 174 La tradición confirma esta doctrina de las costumbres de P. de D. TOMO XXIX—83

- afianzamiento..... 226
- 175 Procede nuestra ley de la del 11 Brumario, año VII? La comparacion entre esta ley y la nuestra viene en apoyo de la doctrina consagrada por la jurisprudencia de nuestras cortes..... 228
- 176 Lo mismo pasa con la comparacion de la ley francesa de 23 de Marzo de 1855 y de la nuestra. Crítica que M. Mourlon ha hecho de la ley de 1855..... 230
- 177 Objecion tomada del título de estas disposiciones preliminares. Contestacion..... 231
- 178 Contestacion á la objecion sacada del art. 4 de nuestra Ley Hipotecaria..... 232
- 179 Contestacion á la objecion tomada en el sistema del Código Civil en cuanto á los derechos que los acreedores personales tienen en los bienes de su deudor..... 233
- 180 La nueva ley ha corregido la anomalía que existía en el sistema del Código relativa á los derechos de créditos personales; en la opinion contraria la ley belga sería una consecuencia injustificable..... 234
- 181 En la opinion que considera á los acreedores quirografarios como no siendo terceros? Qué debe decidirse en caso de embargo de un inmueble enajenado antes de la transcripcion del embargo? Los acreedores se convierten en terceros por esta prescripcion..... 236
- Núm. 2. Del conflicto entre los legatarios de autores diferentes.
- 182 El último adquirente no pudo poner su acta á los legatarios de un vendedor primitivo si el acta por el que la vendedor ha transmitido la propiedad á su adquirente no ha sido transcripta. Para poder oponer su acta para con todos es necesario que las actas de todos los autores inmediatos hayan sido transcriptas..... 237
- 183 Estos principios también se aplican á las hipotecas..... 241
- 184 Queda libertado el último adquirente de las hipotecas no transcriptas cuando la transcripcion cuando los propietarios precedentes no han transcripto..... 241
- Núm. 3. ¿Qué personas no pueden prevalecerse de la falta de transcripcion?
- 185 El vendedor no se puede prevalecer por la falta de transcripcion contra el comprador. Puede oponerla al subadquirente del comprador?..... 243
- 186 Los herederos de las partes contratantes pueden oponer la falta de transcripcion?..... 244

- 187 Aplicacion del principio en el caso que el heredero de un inmueble vendido anteriormente por el difunto sin que haya habido transcripcion. Quid si en este caso el heredero acepta bajo beneficio de inventario?..... 245
- 188 El legatario á título particular puede invocar la falta de transcripcion?..... 246
- 189 Las personas encargadas de hacer transcribir no pueden oponer la falta de transcribir..... 248
- 190 Quid de los legatarios á título particular de estas personas?..... 248
- 191 Los terceros que conocen el acta no transcripta no pueden oponer la falta de transcripcion. Quid de los subadquirentes de buena fe?..... 249
- 192 Quid de la buena substitution? El art. 1071 es abrogado por la Ley Hipotecaria?..... 251
- 193 Quid si el propietario que transcribió su título reivindicó su cosa contra un posesor sin título ó contra un posesor cuyo título está viciado? ¿Quid si éste transcribió?..... 252
- 194 Quid si ninguna de las dos partes transcribió?..... 253

§ III. De las actas declarativas de propiedad.

- 195 Cuál es el efecto de la transcripcion no transcripta..... 253
- 196 Aplicacion del principio á los acreedores hipotecarios y á los terceros adquirentes..... 254
- 197 Aplicacion á los terceros quirografarios..... 255

§ IV. De los contratos de arrendamiento.

Núm. 1. De los arrendamientos por más de nueve años.

- 198 En qué sentido los arrendamientos no transcriptos no pueden ser transcriptos á los terceros..... 256
- 199 Cuáles son los terceros que pueden pedir la reduccion del arrendamiento? Quid de un segundo arrendatario? Quid si un segundo arrendatario conocía la existencia del primer arrendamiento?..... 256
- 200 Cuál es el derecho de los terceros cuando el arrendamiento no ha sido transcripto? Cuándo comienza el período de los nueve años que el arrendatario tiene derecho de concluir..... 259
- 201 El arrendatario que transcribe puede oponer su contrato á los terceros y especialmente al tercer adquirente que no habían transcripto su acta cuando la transcripcion del arrendamiento..... 262

- Núm. 2. De los arrendamientos que contienen recibo anticipado de tres años de renta.
- 202 El arrendamiento que contiene recibo por lo menos de tres años de renta y no transcripto está considerado para con los terceros como no existente..... 263
- 203 La cláusula de arrendamiento en que consta la cláusula de pagos anticipados puede ser reducida como se reduce la cláusula relativa á la duración del arrendamiento?.... 265
- 204 Los acreedores quirografarios pueden prevalecerse de la falta de transcripción?..... 266

CAPITULO III.

DE LA TRANSCRIPCIÓN.

§ I. De las demandas de nulidad y de resolución.

Núm. 1. Motivo de la publicidad.

- 205 Cuál es el motivo de la publicidad prescrita por la ley? 268
- 206 Aplicación del principio á la *acción de nulidad*. Interés que tienen los terceros en conocer la demanda y la decisión pronunciada por ella..... 269
- 207 Aplicación del principio á la *resolución* de los contratos á título oneroso..... 270
- 208 Aplicación del principio á la *revocación* de las donaciones. 272
- 209 La ley nueva extendió el principio del art. 958 á todos los casos en que la revocación obra *ex nunc*. Cuáles son estos casos. 273

Núm. 2. De las demandas y sentencias que deben hacerse públicas.

- 210 Es necesaria una demanda de nulidad ó de revocación? La resolución que se hace en virtud de la ley debe ser transcripta?..... 274
- 211 Quid de la resolución que da derecho pleno en virtud de una condición resolutoria expresa?..... 274
- 212 Quid de las acciones que tienden á hacer declarar que una convención es inexistente ó nula de pleno derecho?..... 275
- 213 Quid de la acción de retención de las donaciones que pasan de lo disponible?..... 277
- 214 La acción pauliana está sometida á la publicidad?..... 278
- 215 Quid de la demanda de reivindicación? Quid si el defensor posee sin título?..... 279
- 216 El art. 3 puede ser extendido por vía de analogía?..... 280

- 217 Porqué hay inscripción de la demanda y de las sentencias es necesario también que se trate de un derecho real inmobiliario sometido á transcripción..... 280
- 218 Quid si el acta es anterior á la nueva ley y que el proceso haya sido intentado bajo el imperio de la ley de 1851?... 281
- 219 La inscripción debe ser hecha cuando el acta no debe ser transcripta?..... 281

Núm. 3. De la inscripción.

- 220 Deben ser inscriptas la demanda y las decisiones pronunciadas por la demanda. Qué se entiende en el art. 3 por estas palabras: *toda decisión*?..... 283
- 221 La publicidad se hace por vía de inscripción. Por qué?... 284
- 222 Formalidades de la inscripción. Es nula si las formalidades no se cumplen?..... 285
- 223 Quid si hubo varias mutaciones sucesivas? La inscripción tendrá que hacerse al margen de todas las actas transcriptas?..... 286

Núm. 4. Consecuencias de la falta de inscripción.

- 224 Cuáles son las consecuencias de la falta de transcripción? 287

I. De la excepción de no proceder.

- 225 Naturaleza de la excepción establecida por el art. 3. Esto es un fin de no proceder..... 288
- 226 La excepción es de orden público. Consecuencias que resultan..... 289

II. De la obligación impuesta al secretario.

- 227 Cuál es la obligación impuesta al secretario en lo relativo á las sentencias?..... 290
- 228 En qué casos el secretario es responsable de la falta de inscripción?..... 291

III. Efecto de la falta de inscripción en lo relativo á los terceros.

- 229 Tiene la falta de inscripción un efecto en el caso en que las sentencias retrotraen en cuanto á los derechos de los terceros?..... 292
- 230 Cuál es el efecto de la falta de publicidad en el caso en que la revocación obra *ex nunc*..... 293
- 231 Quid si la demanda no está inscripta, pero que la sentencia lo está?..... 295
- 232 Quid si la demanda está inscripta y la sentencia no lo está? 296

- 233 Debe aplicarse á los arrendamientos lo que el art. 4 dice de la concesión de derechos reales..... 297
- 234 Debe aplicarse al art. 4 la disposición del art. 1.º relativa al fraude?..... 298

§ II. De la cesión de créditos hipotecarios ó privilegiados.

Núm. 1. ¿Qué cesiones se deben hacer públicas?

- 235 Sistema del Código Civil. La Ley Hipotecaria lo deroga por la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios. Cuál es el motivo de esta derogación?..... 299
- 236 El principio del art. 5 se aplica también á la subrogación. Quid de la subrogación legal?..... 302
- 237 Cuáles son las actas análogas sometidas á la publicidad por el art. 5. Quid de la donación en pago? De la delegación? De la cesión de una hipoteca?..... 303
- 238 El embargo de ventas constituidas en particulares debe ser publicado. Quid del embargo de otros créditos?..... 304

Núm. 2. Formas de la publicidad.

- 239 La publicidad se hace por vía de inscripción..... 305
- 240 Formalidades de la publicidad cuando el crédito cedido ha sido inscripto..... 306
- 241 Quid de la subrogación y de las actas equivalentes?..... 307
- 242 Cómo se hace la publicidad cuando la hipoteca y el privilegio no han sido inscriptos..... 307
- 243 Las actas que el art. 5 somete á la publicidad deben ser auténticas. Por qué? Quid de los poderes?..... 307

Núm. 3. Consecuencia de la falta de publicidad.

- 244 Cuáles son los terceros que según el art. 5 pueden oponer la falta de publicidad? Quid si tenían conocimiento de la acta no publicada?..... 308
- 245 El art. 5 de la Ley Hipotecaria deroga el art. 1690 del Código Civil? Discusión de la cuestión de privilegio..... 310
- 246 La Ley Hipotecaria es extraña á la cesión de créditos no privilegiados ni hipotecarios. Esta cesión está regida exclusivamente por el art. 1690..... 312
- 247 El cesionario debe notificar la cesión al deudor. No estaría en posesión para con él por la inscripción. Si el cesionario rectifica la cesión el deudor debe pagarle aunque la cesión no hubiera sido inscripta..... 312
- 248 El cesionario debe hacer inscribir la cesión para que pueda oponerla á un segundo cesionario. Mientras que ninguna

- inscripción se ha hecho el acreedor puede disponer del crédito..... 314
- 249 Si el crédito ha sido cedido á dos cesionarios aquel que habrá notificado la cesión estará en posesión para con el deudor..... 215
- 250 Quid si los dos cesionarios han inscripto y si uno de ellos notificó? Quid si ambas cesiones han sido inscriptas el mismo día?..... 317
- 251 La cuestión de propiedad entre varios cesionarios se decide exclusivamente por la inscripción. La cuestión de saber á quién el deudor puede y debe pagar se decide por la notificación..... 318
- 252 Crítica de la opinión contraria según la cual el cesionario debe cumplir con las dos formalidades de la notificación y de la inscripción para su propietario para con los terceros. 320
- 253 El cesionario debe además de la inscripción hacer la notificación de cesión para estar en posesión para con los acreedores del cedente?..... 322

Núm. 4. De la acción de declaración de crédito.

- 254 Porqué la ley no somete á la publicidad el pago de los créditos hipotecarios. Peligro que resulta para los terceros cesionarios. Para evitar este peligro la ley les da la acción de declaración de crédito..... 326
- 255 Cuándo la acción del crédito puede ser intentada? Por qué no pueden serlo por los terceros que se proponen comprar un crédito?..... 327
- 256 El art. 6 es aplicable al *subrogado*?..... 327
- 257 El cesionario de un crédito privilegiado pueda formar la acción de la declaración? Quid si el crédito no está privilegiado ni hipotecario?..... 328
- 258 Quid si el cedente no inscribió el privilegio ó la hipoteca? El cesionario puede obrar en declaración tomando una inscripción en su nombre?..... 328
- 259 El cesionario puede promover si la cesión no está inscripta? Es suficiente que la cesión sea notificada al deudor?.... 329
- 260 El crédito debe ser líquido y seguro. Por qué?..... 330
- 261 Debe estar vencido?..... 330
- 262 Está sometido al preliminar de conciliación?..... 331
- 263 Ante qué tribunal debe ser llevado?..... 331
- 264 Qué debe declarar el deudor y en qué forma?..... 331
- 265 Quid si la declaración está contestada?..... 332
- 266 Quid si la declaración está exigida por la ley?..... 332

SEGUNDA PARTE.
DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

§ I. Derechos de los acreedores con relación al deudor.

- 267 Todo el mundo está obligado á cumplir sus compromisos en sus bienes. Cuál es el fundamento de este principio?... 333
- 268 El principio del art. 7 se aplica á los incapaces? 335
- 269 El principio del art. 7 sólo se aplica á aquel que se obligó personalmente. Diferencias entre la liga personal y la liga real. Cuándo es personal la liga y cuándo es real? Crítica de una opinión de M. Pont 337
- 270 El deudor está obligado á cumplir sus compromisos en sus bienes muebles é inmuebles. En qué sentido y cuáles son los derechos de los acreedores? 339
- 271 El deudor está obligado en sus bienes no corporales tanto como en sus bienes corporales 341
- 272 Está obligado en sus bienes presentes y futuros. Por qué? 341
- 273 Los acreedores personales no tienen el derecho de prosecución. Por qué? 342
- 274 Pueden los acreedores proseguir todos los bienes de su deudor 343
- 275 Las personas civiles y públicas están sometidas al principio del art. 7? Pueden sus acreedores ejecutar por la vía de apremio las sentencias que obtienen contra ellos..... 344
- 276 Quid de los Estados extranjeros. Doctrina 346
- 277 Jurisprudencia de la Corte de Casación acerca de esta cuestión..... 348

§ II. Derechos de los acreedores entre sí.

Núm. 1. De los acreedores personales.

- 278 Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores. Cuáles son esos acreedores? 350
- 279 Hay entre los acreedores un derecho de preferencia por razón de antigüedad?..... 351
- 280 De la distribución por contribucion y de la distribución por orden. 352

Núm. 2. De los acreedores hipotecarios y privilegiados.

- 281 Cuáles son los derechos de los acreedores hipotecarios? En qué difieren sus derechos de los de los acreedores quirografarios?..... 353
- 282 Cuáles son los derechos de los acreedores privilegiados? En qué difieren de los derechos de los acreedores quirografarios y de los derechos de los acreedores hipotecarios?.... 355
- 283 Hay otras causas de preferencia además de los privilegios é hipotecas? Quid del empeño y del derecho de retención? 356

Núm. 3. Del derecho de retención.

I. ¿Qué cosa es el derecho de retención y cuáles son sus efectos?

- 284 Hay un derecho de retención á título de derecho general y con un carácter de realidad que pueda oponerse á los terceros? 358
- 285 Tiene alguna autoridad el derecho romano en esta materia? 359
- 286 De los casos en que el Código Civil da el derecho de retención. Del art. 867. Es un derecho real?..... 360
- 287 Del derecho de retención del vendedor. Puede oponerlo á un subadquirente? Puede oponerlo á los acreedores del comprador si éste cae en quiebra?..... 361
- 288 El comprador con pacto de rescate puede oponer su derecho de retención á los acreedores hipotecarios del vendedor posteriores á la venta?..... 363
- 289 Del derecho de retención de los arrendatarios 364
- 290 El derecho de retención del depositario es un derecho real? 365
- 291 Quid del derecho del acreedor artiesista? 365
- 292 Conclusión. Los textos no establecen la realidad del derecho de retención. Según los principios este derecho es personal? Contestación á las objeciones..... 366

II. ¿En qué caso existe el derecho de retención?

- 293 El derecho de retención no existe más que en los casos en que la ley lo admite..... 368
- 294 En la opinión más generalmente seguida se extiende el derecho de retención, pero los autores están en desacuerdo acerca del principio y de sus aplicaciones..... 371
- 295 El comodatario tiene derecho de retención? Crítica de la opinion general..... 373
- 296 Tienen el derecho de retención los mandatarios y agentes de negocios? Anarquía que reina en esta cuestión en la doc-

- trina y en la jurisprudencia. Los principios imaginarios y los principios legales..... 374
- 297 Tiene el obrero el derecho de retención para los trabajos de mejora que se hacen en una cosa mueble? Crítica de la jurisprudencia: hace la ley..... 376
- 298 Quid del tercer poseedor? Debe distinguirse entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe?..... 378
- 299 El tercer detentor de un inmueble hipotecado tiene derecho de retención contra los acreedores hipotecarios. Increíble contradicción de Troplong..... 380
- 300 El usufructuario tiene el derecho de retención?..... 382
- 301 Es indivisible el derecho de retención? Y en virtud de qué principio?..... 384
- 302 Cuáles son los efectos de los derechos de retención? Nuevas contradicciones..... 385

CAPITULO II.

DE LOS PRIVILEGIOS.

SECCION I.—Nociones generales.

- 303 Definición del privilegio. Sólo se refiere á las relaciones de los acreedores entre sí. El deudor no puede intervenir en el concurso de acreedores ni para sostener ni para contestar la existencia de un privilegio..... 387
- 304 El privilegio no es un favor concedido á la persona. Es una preferencia de que gozan ciertos créditos. Diferencia que existe á este respecto entre el privilegio y la hipoteca legal..... 388
- 305 Cuáles son las causas legítimas de preferencia por razón de las que la ley concede un privilegio á ciertos acreedores..... 389
- 306 Es la ley la que determina la calidad en razón de la que un privilegio se concede á un crédito y las condiciones requeridas para que haya privilegio. Las convenciones de las partes no pueden crear privilegio ni derogar la ley que las organiza..... 391
- 307 Cuál es la causa de la preferencia de que goza el acreedor prendista?..... 392
- 308 El acreedor privilegiado tiene un doble lugar de preferencia. Cuándo y por qué prevalece á los acreedores hipotecarios?..... 393
- 309 Quién fija la calidad relativa á los diversos privilegios? Intervención forzada de los tribunales en el silencio de la ley..... 394

- 310 La antigüedad es un elemento que debe tomarse en consideración para determinar la calidad del privilegio..... 395
- 311 Quid si varios créditos privilegiados tienen el mismo lugar? Por qué no se tiene cuenta la fecha en este caso? 396
- 312 Cuáles bienes puede gravar el privilegio? Qué se entiende en esta materia por muebles é inmuebles?..... 397
- 313 Diferencias que existen entre los privilegios mobiliarios é inmobiliarios..... 398
- 314 El privilegio es un derecho real?..... 399
- 315 Los privilegios inmobiliarios son hipotecas privilegiadas. Consecuencias que resultan..... 400
- 316 Cómo se establecen los créditos privilegiados?..... 402
- 317 Regla de interpretación de los privilegios..... 403
- 318 División de los privilegios en mobiliarios é inmobiliarios... 404
- 319 De los privilegios que versan en los bienes muebles é inmuebles..... 404
- 320 De los privilegios del tesoro público..... 406
- 321 De los privilegios marítimos..... 407

SECCION II.—De los privilegios que abarcan los muebles y los inmuebles.

§ I. ¿Qué se entiende por costas judiciales?

- 322 Qué se entiende por costas judiciales? Condiciones requeridas para que las costas sean privilegiadas..... 408
- 323 En qué se funda el privilegio que la ley da á las costas judiciales?..... 410
- 324 Los gastos hechos por un acreedor en su propio interés no están privilegiados. Gozan del privilegio que está ligado al crédito?..... 411
- 325 Quid de los gastos hechos por los acreedores ó por el deudor para hacer volver un bien al patrimonio del deudor?... 412
- 326 Los mismos principios se aplican á los gastos extrajudiciales. Jurisprudencia..... 413
- 327 Quid si los gastos se hacen contra la masa de los acreedores representados por el heredero beneficiario, el curador de la sucesión vacante ó el síndico de una quiebra?..... 414
- 328 El privilegio de las costas judiciales es relativo. Sólo se puede ejercer contra los terceros á los que aprovechan y en cuyo interés se hayan hecho..... 415

§ II. Aplicación del principio.

Núm. 1. Gastos de cédulas y de inventarios.

- 329 Están privilegiados los gastos de créditos y de inventarios

- con respecto á todos los acreedores? Quid del *dador*? Quid de los acreedores hipotecarios?..... 417
- 330 Aplicacion del principio. Sentencia de la Corte de Casacion de Bélgica..... 417

Núm. 2. Gastos de embargo y de venta.

- 331 Los gastos ó costas ordinarias están privilegiados..... 419
- 332 Quid de los gastos extraordinarios? En el embargo inmobiliario? En el embargo mobiliario?..... 420

Núm. 3. Gastos de distribución y de orden.

- 333 Los gastos ordinarios son privilegiados?..... 421
- 334 Quid de los extraordinarios?..... 421
- 335 Quid de los gastos de contestaciones contra un acreedor para desecharlo ó reducir su crédito ó para hacerlo cambiar de categoría?..... 421
- 336 Cuando las costas no están privilegiadas como judiciales lo están como accesorios del crédito privilegiado?..... 422
- 337 Las costas de orden están igualmente privilegiadas. Quid de las extraordinarias?..... 423

Núm. 4. Gastos de partición.

- 338 Estas costas están privilegiadas cuando se hacen en interés común..... 424
- 339 Quid de las costas de una instancia en la que está contestado el derecho de partición?..... 424
- 340 Quién está interesado en una partición? Quid de los acreedores hipotecarios?..... 424
- 341 Quid de las costas de una partición puramente voluntaria? 425
- 342 Quid de las costas de una acción de partición intentada en interés únicamente del demandante? Quid de las costas de una contestación levantada por algunos acreedores de un copartícipe?..... 426

Núm. 5. Gastos de administración de una sucesión beneficiaria.

- 343 Los gastos de administración están privilegiados..... 427
- 344 Quid de los gastos del proceso sostenido por el heredero beneficiario..... 427

Núm. 6. Gastos de curatela de una sucesión vacante.

- 345 Se aplica al curador el principio que rige la administración beneficiaria? Quid del salario del curador? Está comprendido en los gastos privilegiados?..... 428
- 346 Las costas de tutela están privilegiadas con respecto al

dador?..... 428

Núm. 7. De la quiebra.

- 347 Cuáles gastos son privilegiados y sobre qué bases versa el privilegio?..... 429
- 348 Los gastos de administración son privilegiados acerca del dador?..... 430
- 349 Quid con relación á los acreedores hipotecarios? Jurisprudencia de las cortes de casacion de Bélgica y de Francia... 431
- 350 Qué costas y gastos están privilegiados con respecto á los acreedores hipotecarios?..... 432
- 351 La prima de seguros está comprendida entre los gastos privilegiados con respecto á los acreedores que tienen una hipoteca en el inmueble?..... 433

Núm. 8. ¿Cómo se ejerce el privilegio cuando versa en los inmuebles y en los muebles?

- 352 Se ejerce por concurrencia ó en orden sucesivo?..... 434
- 353 Se ejerce proporcionalmente al valor de los bienes que grava?..... 435

SECCION III.—De los privilegios en los muebles.

- 354 Estos privilegios son ó generales ó particulares sobre ciertos muebles..... 436

Artículo 1.º De los privilegios generales sobre los muebles.

- 355 La ley enumera y clasifica los privilegios..... 436
- 356 Del privilegio de las costas judiciales. Recurso..... 437

§ I. De los gastos funerarios.

- 357 Cuál es el motivo de este privilegio? Critica del motivo de piedad que se alega..... 437
- 358 Qué se entiende por gastos fúnebres? Está comprendido el luto de la viuda y de los criados?..... 438
- 359 Quid de los gastos fúnebres de los hijos del deudor y de los parientes que viven con él?..... 440
- 360 Cuál es la extensión de este privilegio?..... 440

§ II. De los gastos de última enfermedad.

- 361 Cual es la última enfermedad cuyos gastos están privilegiados y por qué la ley concede este privilegio?..... 441
- 362 Que se entiende por gastos de enfermedad?..... 443
- 363 Está concedido el privilegio para todos los gastos que se

- deban al acreedor?..... 443
- § III. De los salarios.
- 364 Cuál es el motivo del privilegio? Por qué la ley belga lo concedió á los empleados y á los obreros?..... 444
- 365 Qué se entiende por gentes de *trabajo, empleados y obreros*?..... 445
- 366 Los actores dramáticos pueden reclamar el privilegio del art. 19?..... 445
- 367 Cuál es la extensión del privilegio de gente de trabajo? Quid si arriendo por mes?..... 447
- 368 Cuál es la extensión del privilegio de los obreros y dependientes?..... 448
- 369 Los criados, dependientes y obreros tienen un privilegio por los adelantos que hacen á su patrón y por los daños y perjuicios que reclama contra ellos?..... 449
- § IV. Del abastecimiento de alimentos.
- 370 Cuáles son los motivos de este privilegio?..... 449
- 371 Qué se entiende por *subsistencia*? Se comprende en ello la ropa, la casa y todas las cosas que sirven á las necesidades de la vida material?..... 450
- 372 Qué se entiende por *familia* en el art. 19, núm. 5?..... 451
- 373 Quién está privilegiado en los abastos al fordista ó á un institutor?..... 452
- 374 Cuál es la extensión del crédito privilegiado?..... 452
- 375 Quién puede ejercer el privilegio perteneciente á los comerciantes?..... 453
- 376 Quid de los abastos de subsistencia hechos por institutores.. 453
- § V. Disposiciones generales.
- 377 El art. 2275 es aplicable á los privilegios del art. 19, especialmente al privilegio de los criados que alquilan sus servicios al mes..... 453
- 378 Los créditos privilegiados en la generalidad de los muebles gozan además de un derecho de preferencia en la parte del precio de los inmuebles que no ha sido absorbida por los acreedores hipotecarios..... 455
- Artículo 2. De los privilegios en ciertos muebles.*
- § I. Privilegio del dador.
- Núm. 1. ¿A quién pertenece el privilegio?
- 379 Cuál es el motivo del privilegio que la ley concede á los créditos que nacen del arrendamiento..... 456

- 380 El privilegio sólo está concedido á los arrendamientos de inmuebles. Aplicación tomada de la jurisprudencia. Caso en el cual el inmueble es el accesorio de la cosa mueble que es objeto principal del arrendamiento..... 458
- 381 El privilegio está concedido para cualquier arrendamiento de inmueble, siempre que se hallen en él objetos que amueblen..... 460
- 382 Quién tiene derecho al privilegio? Es necesario ser propietario de la cosa arrendada?..... 461
- 383 El dador no puede ejercer su privilegio más que si está en posesión de la cosa arrendada. Lo pierde por la enajenación del inmueble..... 462
- Núm. 2. ¿Cuáles son los créditos privilegiados?
- 384 Son todos los que resultan del arrendamiento y que tienen por objeto su ejecución..... 463
- I. De las rentas urbanas y rústicas.
1. Derechos del dador.
- 385 La ley no privilegia las rentas vencidas sino por dos ó tres años? Porque todo crédito vencido no está privilegiado.... 464
- 386 Quid de las rentas no vencidas? Por cuántos años tiene el dador privilegio si el arrendamiento no tiene fecha cierta? Y por cuáles años por vencer debe el arrendamiento tener fecha cierta para que el dador tenga su privilegio?..... 466
- 387 A partir de qué momento debe tener fecha cierta el arrendamiento en caso de quiebra civil ó mercantil para que las rentas por vencer estén privilegiadas?..... 468
- 388 La tácita reconducción debe ser considerada, en lo relativo al privilegio del dador, como un arrendamiento sin fecha cierta?..... 469
- 389 Derecho que la ley concede á los demás acreedores como correlativo del privilegio que el dador ejerce para las rentas por vencer..... 472
- 389 bis Dificultades á las que da lugar el derecho de subarrendar..... 473
- 390 Hay lugar á distinguir en la aplicación de los principios entre la quiebra civil y la mercantil?..... 474
- 391 Cuál es la influencia de la quiebra civil y mercantil en el arrendamiento? Está resuelto de plano? Cuáles son los derechos del dador?..... 474
- 392 Crítica del principio consagrado por la Corte de Casación. 475
- 393 Las quiebras hacen exigibles las rentas por vencer en virtud del art. 1188 del Código Civil y del 450 del Código de

- Como cío?..... 477
- 394 El derecho que el Código Civil y la Ley Hipotecaria conceden al dador para las rentas por venir es una excepción al derecho común y, como tal, de estricta interpretación... 479
- 395 Cuáles son los límites en los que el texto y el espíritu de la ley limitan la excepción de favor ó de equidad en interés del propietario?..... 480
- 396 Jurisprudencia. Sentencias de la Corte de París..... 481
- 397 Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Casación..... 484
- 398 De las modificaciones traídas al Código Civil por la ley francesa de 12 de Febrero de 1872..... 487
2. Del derecho de subarrendamiento de los acreedores.
- 399 Cuál es el fundamento del derecho de subarrendar que la ley concede á los acreedores?..... 488
- 400 Pueden los acreedores ejercerlo cuando el dador no reclama las rentas por vencer?..... 489
- 401 Cuáles son las condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de subarrendamiento?..... 490
- 402 Si el dador recibió una parte de las rentas podrán los acreedores ejercer el derecho de subarrendar por los años pagados, sin ejercerlo por el resto del arrendamiento?..... 491
- 403 Los acreedores que usan del derecho de subarrendar tienen que pagar anticipadamente las rentas por vencer?..... 492
- 404 Tienen derecho los acreedores á subarrendar cuando el arrendamiento no tiene fecha cierta?..... 493
- 405 Quid si el arrendamiento prohíbe subarrendar?..... 494
- II. De las obligaciones que nacen del arrendamiento.
- 406 Principio. Debe distinguirse entre los arrendamientos que tienen fecha cierta y los que no la tienen?..... 495
- 407 Qué se entiende por *todo lo relativo á la ejecución del contrato*?..... 495
- 408 Quid de los anticipos hechos en virtud del contrato?..... 496
- 409 Quid si los anticipos se hacen durante el arrendamiento?.. 497
- Núm. 3. A lo que se refiere el privilegio.
- 410 El privilegio versa en todo lo que amuebla el local arrendado y en los frutos de la cosecha del año..... 498
- I. ¿Cuáles son los muebles que amueblan los locales arrendados?
- 411 De las diversas definiciones que se han dado á la palabra *amueblar*. Cuál es la mejor?..... 498
- 412 Aplicación del principio. De los objetos que amueblan..... 501

- 413 Cuáles son los objetos que no amueblan?..... 501
- 414 Quid de las patentes de invención?..... 502
- 415 Quid de la indemnización debida por el seguro mobiliario?.. 502
- 416 Quid de las materias primas ó mercancías que se encuentran en un taller, una fábrica ó una tienda?..... 503
- II. De los objetos que no pertenecen al arrendatario.
- 417 Los objetos que no pertenecen al arrendatario están gravados por un privilegio en favor del dador? Quid si son objetos arrendados, prestados ó depositados? Cuál es el fundamento del derecho de prenda que pertenece en este caso al dador?..... 505
- 418 Para que el dador adquiriera un privilegio en los objetos que no pertenecen al arrendatario debe creer que éste es propietario de ellos..... 508
- 419 Quid si el dador no era de buena fe? Cuando el transporte de los efectos muebles en el local arrendado y si deja de ser de buena fe durante el curso del arrendamiento..... 509
- 420 Cuando es de mala fe el dador? Es necesario que el propietario de los objetos muebles le haya notificado sus derechos?..... 509
- 421 Cómo se hace la prueba de la mala fe del dador?..... 512
- 422 Quid si los objetos muebles han sido entregados al locatario para trabajarlos? Por qué estos objetos no quedan sometidos al privilegio del dador?..... 512
- 423 Quid de las mercancías consignadas á un comisionista?.. 516
- 424 Quid si se trata de objetos muebles vendidos y no pagados? 518
- 425 Quid si los objetos que amueblan al local arrendado han sido robados ó perdidos?..... 518
- III. De los objetos que pertenecen al subarrendatario.
- 426 En qué sentido y en que límites se ejerce el privilegio del dador en los muebles que amueblan el local subarrendado. 519
- 427 Aplicación del principio. Jurisprudencia..... 520
- IV. De los frutos.
- 428 Qué debe entenderse en el art. 20 *por fruto de la cosecha del año*..... 521
- 429 Hay una diferencia de principio entre el privilegio que versa en los frutos del año y el que versa sobre los demás frutos? Crítica de la opinión general..... 522
- 430 De las consecuencias que resultan de la distinción de los frutos del año y los demás frutos. Crítica de la opinión general..... 524
- P. de D. TOMO XXIX—87

- 431 El privilegio del dador se extiende á los frutos que no han sido cosechados en sus terrenos? Cuál es en este caso el derecho del propietario en las tierras del que estos frutos fueron cosechados?..... 526
- 432 El privilegio en los frutos está ligado á la posesion y se pierde cuando el arrendatario deja de poseer..... 528
- 433 En caso de venta de los frutos el dador puede exigir su privilegio en el precio..... 528
- 434 Pertenece al propietario que arrienda á un colono sus tierras un privilegio en los frutos?..... 529

Núm. 4. Del derecho de reivindicación.

I. Del desplazamiento de los objetos que amueblan.

- 435 El dador puede embargar los objetos que amueblan el local arrendado cuando el arrendatario los desplaza sin su consentimiento..... 529
- 436 Quid si el arrendatario los enajena sin entregarlos al comprador?..... 530
- 437 Puede y debe el dador ejercer su derecho de embargo cuando quiebra el arrendatario?..... 531

II. Del derecho de prosecución.

- 438 El dador tiene el derecho de proseguir contra todo poseedor, aun de buena fe..... 532
- 439 Esto es una derogación del derecho común? Cuál es la razón..... 534
- 440 Puede reivindicar el dador los objetos vendidos cuando el mobiliar que amuebla el local arrendado es insuficiente para garantizar su crédito?..... 536
- 441 En qué sentido reivindicar el propietario los objetos desplazados?..... 536
- 442 Puede reivindicar objetos que no pertenecen al arrendatario? Qué debe probar?..... 537
- 443 Puede el propietario reivindicar cuando los objetos gravados con su privilegio están embargados?..... 537

III. Del ejercicio del derecho de embargo reivindicatorio.

- 444 En qué plazo debe ejercerse la reivindicación? Quid en caso de fraude?..... 538
- 445 El dador no puede reivindicar cuando consintió en el desplazamiento. Este consentimiento puede ser tácito..... 539
- 446 Puede el dador reivindicar los frutos desplazados ó vendidos?..... 540

§ II. De los gastos de cosecha y de explotación.

- 447 Cuál es el motivo del privilegio de los gastos de cosecha y explotación?..... 541
- 448 Cuáles son los créditos privilegiados y en qué versan.... 541
- 449 Quién puede reclamar el privilegio de los gastos de cosecha? Quid de los domésticos?..... 542
- 450 Quid si los gastos de cosecha han sido hechos por un propietario?..... 543
- 451 Los abastecimientos de abonos son privilegiados..... 544
- 452 Quid de las barricas empleadas en la Gironda para la cosecha de los vinos blancos?..... 545
- 453 Quid de los utensilios empleados en una explotación industrial?..... 545

§ III. De los gastos de conservación.

- 454 Privilegio del acreedor prendista. Traslado..... 546
- 455 Cuál es el motivo del privilegio de los gastos de conservación..... 546
- 456 Este privilegio también pertenece á quien hizo trabajos de mejora?..... 547
- 457 El obrero que hizo trabajos de mejora goza del derecho de retención?..... 548
- 458 Qué se entiende por gastos de conservación? Se aplica el privilegio á los créditos?..... 549
- 459-463 Crítica de la jurisprudencia..... 550-552
- 464-466 Otro error de la Corte de Bruselas..... 552-554
- 467 Todo el crédito de los gastos de conservación está privilegiado. De la diferencia que existe á este respecto entre el art. 20, 3.º, y el art. 27, 5.º..... 555
- 468 El privilegio no puede ejercerse más que cuando el deudor posee la cosa gravada con él..... 556
- 469 Quid si el deudor la enajena sin entregarla? Quid si el precio se debe aún? Traslado..... 557
- 470 Quid si la cosa mueble se convierte en inmueble por destino ó por incorporación?..... 557

§ IV. Del precio de los efectos mobiliarios no pagados.

- 471 Cuáles son los derechos del vendedor cuando el comprador no paga el precio..... 557

Núm. 1. Del privilegio del vendedor.

- 472 Cuál es la razón del privilegio? Es verdad que está fundado en un derecho real que el vendedor no pagado se reserva en la cosa?..... 558

- 473 El privilegio pertenece á todos aquellos que tienen derecho á un precio de venta. Aplicación del principio de la mujer dotal que entra á su dote mobiliario al marido por avalúo... 559
- 474 Qué se entiende por efectos mobiliarios en el artículo 2.º? Quid de los créditos?..... 560
- 475 Cual es el crédito privilegiado? Quid de los gastos, daños y perjuicios. 563
- 476 El privilegio está extinguido por la novación cuando el vendedor acepta en pago valores negociables. 563
- 477 Hay lugar á distinguir si la venta ha sido hecha con plazo ó sin él. 563
- 478 Es necesario que los efectos inmuebles estén aún en la posesión del comprador. 564
- 479 Si el comprador revende la cosa á un subadquirente el privilegio del primer vendedor cesa. Quid si el comprador no entregó la cosa?..... 565
- 480 El vendedor puede ejercer su privilegio en el precio si no ha pagado el subadquirente? 569
- 481 Pueden las partes derogar los principios que rigen los derechos del vendedor para con los terceros..... 573
- 482 El vendedor conserva un privilegio cuando los privilegios forman entre sí una sociedad para la explotación de la cosa vendida?..... 574
- 483 El vendedor conserva su privilegio cuando el comprador empeña la cosa?..... 575
- 484 Del conficto entre el vendedor y el comprador..... 576
- 485 Es necesario para que el vendedor pueda ejercer su privilegio que la cosa vendida esté en el mismo estado que cuando la venta?..... 576
- 486 Quid si la identidad de la cosa vendida no consta? 578
- 487 Quid si los objetos muebles han sido immobilizados? El privilegio se extingue para con todos los acreedores, aun quirografarios?..... 580
- 488 De la excepción admitida por la ley para la venta y conservación de máquinas empleadas en los establecimientos industriales... 581
- 489 De la condición de transcripción que se exige en este caso para que el privilegio tenga efecto..... 582
- 490 Quid si la transcripción no ha sido hecha ó si lo fué después de la expiración del plazo legal..... 585
- 491 Publicidad del privilegio de venta y de conservación de máquinas..... 585
- 492 Quid si el deudor cae en quiebra civil ó mercantil en el plazo de dos años?..... 586
- 493 El privilegio del vendedor no tiene lugar en caso de quie-

bra del deudor, salvo para las máquinas. 587

Núm. 2. Del derecho de reivindicación.

- 494-497 Qué es la reivindicación? Es el ejercicio del derecho de propiedad ó es un embargo de la cosa vendida que deja la venta entera?..... 587-591
- 498 La venta debe hacerse sin plazo para que el vendedor tenga el derecho de promover la reivindicación. Cual es el motivo de esta primera condición? 592
- 499 El vendedor no puede reivindicar más que si los objetos vendidos están aún en posesión del comprador..... 593
- 500 La reivindicación debe hacerse en los ocho días? Por qué? 594
- 501 La reivindicación ya no puede hacerse cuando las cosas vendidas han cambiado de estado. Por qué?..... 594
- 502 Cómo se ejerce la reivindicación? Se necesita de una acción judicial?..... 596
- 503 Cuáles son los efectos de la reivindicación? 596
- 504 El decaimiento de la reivindicación arrastra el de la acción de resolución? Por qué y en qué sentido?..... 597

§ V. Los abastecimientos del fondista.

- 505 Cual es el fundamento del privilegio de los fondistas?... 598
- 506 Qué se entiende por fondistas? Bajo qué condiciones goza el fondista de un privilegio? Quid del tabernero? Quid del que arrienda cuartos amueblados?..... 600
- 507 Cual es el crédito privilegiado? Quid de los abastos de bebidas? Quid de los anticipos hechos á los viajeros?... 601
- 508 En qué muebles versa el privilegio del fondista? Es menester que las cosas del viajero le pertenezcan?..... 602
- 509 El privilegio del fondista está ligado á la posesión de las cosas del viajero. Consecuencias que resultan..... 603
- 510 Tiene el posadero el derecho de reivindicación en los casos en que la ley se lo da al propietario? Tiene el derecho de prosecución que la ley da al dador?..... 604
- 511 El posadero tiene el derecho de retención?..... 606

§ VI. De los gastos de coche.

- 512 Cual es el fundamento del derecho del conductor?..... 607
- 513 Qué se entiende por conductor en el art. 20?..... 607
- 514 Por qué causa tiene el conductor un privilegio?..... 608
- 515 Cual es la condición requerida para la existencia y conservación del privilegio? 608
- 516 El privilegio no se extiende de un transporte á otro. Quid si el transporte se hace sucesivamente? Jurisprudencia... 609

§ VII. De los créditos por abuso y prevaricación.

- 517 Cuáles son los funcionarios y oficiales obligados á administrar una caución por interés de los particulares que tienen que recurrir á su misión?..... 611
- 518 Cuáles son los créditos privilegiados? Quid de los daños y perjuicios pronunciados contra el funcionario por actos ilegales?..... 613
- 519 En qué se ejerce el privilegio?..... 614
- 520 Del privilegio del dador de los fondos de la caución..... 614

Artículo 3. Del rango de los privilegios mobiliarios en caso de concurso entre sí.

- 521 Vacío del Código Civil. Cuál es el principio de la nueva ley?..... 615

§ I. Del lugar de los privilegios generales entre sí.

- 522 Este lugar está determinado por el art. 19..... 617
- 523 Del lugar de las costas judiciales consideradas como privilegio general en los muebles..... 617

§ II. Concurso de privilegios generales con los privilegios sobre ciertos muebles.

- 524 Del lugar de los gastos de conservación. ¿Por qué prevalecen á todos los privilegios anteriores? Aplicación á los acreedores prendistas..... 618
- 525 Quid de los privilegios posteriores á los gastos de conservación?..... 619
- 526 Del concurso de los gastos de conservación con los privilegios posteriores. Quién prevalece cuando los privilegios posteriores son especiales? Cuándo son privilegios generales?..... 620
- 527 De los gastos de funerales. La regla y sus excepciones. La tercera excepción recibe restricción..... 621

§ III. Del concurso de los privilegios entre sí.

- 528 La ley sólo fija algunos casos. Quid de los no previstos. . 623
- 529 Concurso de los acreedores llamados prendistas con el vendedor. Por qué y bajo que condición los prendistas prevalecen al vendedor? Cuándo son de mala fe?..... 623
- 530 Concurso del vendedor y del dador. Por qué la ley da la preferencia al dador?..... 626
- 531 Bajo qué condición se prefiere el dador al vendedor? Cuándo es de mala fe el dador? Sólo lo es por un aviso que el vendedor está obligado á darle?..... 626

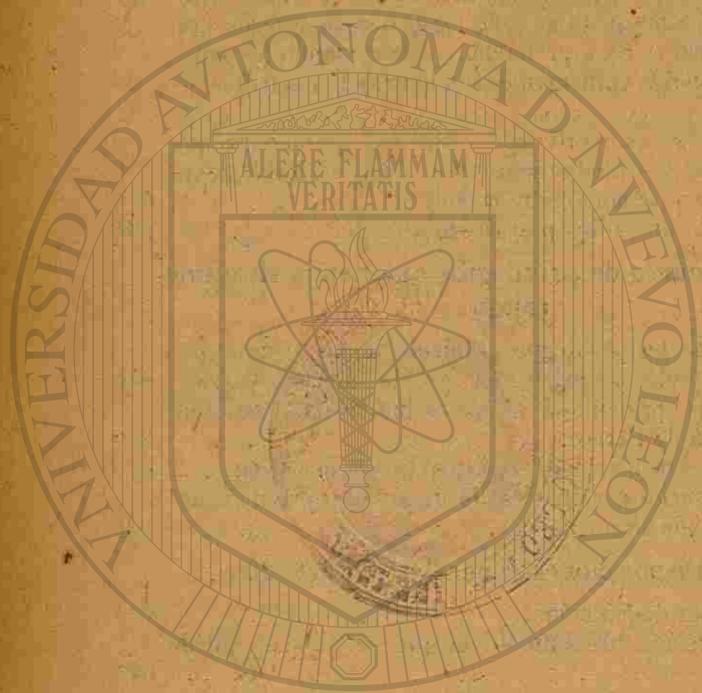
- 532 Cómo probará el vendedor que dió á conocer al dador que los muebles no le eran pagados? Es necesaria una notificación?..... 629
- 533 Tiene derecho el vendedor de reivindicar contra el dador cuando éste es de buena fe?..... 631
- 534 El acreedor de las semillas y de los gastos de cosecha prevalece al dador. Esta preferencia existe cuando los acreedores hipotecarios embargan el fundo cuando los frutos están en pie?..... 632
- 535 Puede ejercerse este privilegio contra el propietario que hizo rescindir el arrendamiento y vender amigablemente los frutos en pie cuando la rescisión?..... 633
- 536 Los gastos de utensilios prevalecen al dador. 634

§ IV. Concurso de privilegios que tienen el mismo rango.

- 537 Cuándo tienen los privilegios el mismo lugar? Cuáles son los derechos de los acreedores en caso de concurso?..... 634
- 538 Aplicación del principio á los gastos judiciales. Crítica de una sentencia de París..... 634
- 539 Aplicación del principio á los gastos de conservación..... 635
- 540 Quid de los varios cesionarios de un crédito privilegiado? Quid en caso de subrogación?..... 636

§ V. Disposiciones generales del art. 26.

- 541 Crítica de esta disposición..... 636
- 542 Es una disposición absoluta de la que el juez no puede apartarse?..... 637



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



