

la garantía será excesiva. La ley permite en este caso limitar el privilegio; los copartícipes pueden restringirlo á una parte de los inmuebles juzgada necesaria para dar plena garantía al copartícipe vencido. Las partes contratantes no tenían necesidad de la autorización de la ley para modificar el privilegio que ésta les concede; el privilegio, aunque establecido por la ley, es de interés privado; las partes tienen, pues, libertad de renunciarlo ó restringirlo, pero no podrían extenderlo, puesto que no les pertenece crear privilegios. Si la ley autoriza la restricción del privilegio es de algún modo un consejo que da á las partes interesadas con el fin de evitar que sus bienes queden gravados con inscripciones inútiles, lo que perjudicaría su crédito sin aventajar al heredero vencido, puesto que se supone que el privilegio reducido bastará para asegurarle el pago de la indemnización.

38. Hay una condición requerida para el privilegio de garantía; sólo tiene lugar, dice el art. 27, cuando el acta de partición contenga la estipulación de una suma fijada para el caso de evicción. Esta condición viene del modo de conservación que la ley ha prescripto para el privilegio de los copartícipes; se conserva por la transcripción del acta, la que debe, por consiguiente, dar á conocer á los terceros el monto exacto del crédito privilegiado. Si el acta no contiene un avalúo de la indemnización en caso de evicción el copartícipe vencido no tendría privilegio. El texto no deja ninguna duda acerca de este punto; esto es una nueva prueba de que en la mente de la ley el privilegio de los copartícipes, como los del vendedor, del cambista y del donante, se conservan por la transcripción más bien que por la inscripción.

La ley quiere que el acta contenga la estipulación de una *suma fija*. Hay, sin embargo, una eventualidad que es difícil preveer: es la de la insolvencia de uno de los copartícipes. ¿Cuál será en este caso el derecho del heredero vencido? Si la insolvencia no fué prevista en el acta de partición

el copartícipe vencido no tendrá privilegio por este punto, pues el privilegio no puede pasar de la suma fijada en el contrato. En vano se dirá que estando fijado por la ley el caso de insolvencia los terceros deben atenerse á un avalúo del crédito privilegiado que les es fácil calcular. La respuesta se encuentra en el texto del art. 27: quiere una suma fija. No es en la ley donde deben los terceros buscar las noticias que necesitan, es en la inscripción; el privilegio no puede nunca pasar del monto del crédito inscripto; es decir: de la suma fijada en el acta de partición.

39. El privilegio sólo está concedido por la ley para la garantía establecida por el art. 884; es necesario, pues, como condición esencial, que esta garantía se deba. Se aplican los principios que hemos expuesto en el título *De las Sucesiones*. Así el copartícipe vencido no tendrá derecho á la garantía ni, por consiguiente, á un privilegio, si la evicción procede de una causa posterior á la partición ó si la sufrió por su culpa. (1)

La ley está concebida en espíritu restrictivo. Esto resulta de los trabajos preparatorios. La comisión especial había propuesto suprimir el privilegio que el Código Civil concede en términos generales para la *garantía de la partición*. Este privilegio le parecía peligroso porque se trataba de un crédito inseguro en cuanto á su existencia é indeterminado en cuanto á su valor y duración. Por otra parte, este privilegio parecía inútil estando libres los copartícipes para estipular y consentir las garantías que juzguen convenientes. La proposición de abolir el privilegio de garantía no encontró favor; se le mantuvo, pero restriñendolo y permitiéndolo bajo condiciones que aseguraban su especialidad y su publicidad. (2) Desde luego el privilegio no está ya concedido

1 Pont, t. I, p. 192, núm. 202.

2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 35). Informe de la comisión del Senado (Parent, p. 412).

en términos vagos para la garantía de la partición: esto limita la garantía prevista por el art. 884; es, pues, necesario que haya evicción, tal como la doctrina y la jurisprudencia lo han definido fundadas en el texto del Código y en la tradición. Se ha concluido de esto, con razón, que los copartícipes no tienen privilegio para los cargos que el acta de partición impone á uno de los partícipes. (1) Después el privilegio está restringido á la suma fija que el acta debe estipular para la indemnización para el comunero vencido. Si el monto del crédito pasa de esta cifra el copartícipe tiene para lo excedente sólo un crédito quirografario. Lo mismo sucedería si el crédito no entrara en los términos restrictivos del texto. Tal es el principio, nos servirá para resolver las dificultades que se presentan en la aplicación de la ley.

40. Uno de los copartícipes paga una deuda que estaba á cargo de otro comunero: ¿tiene por este punto privilegio de garantía? Si se admite el principio tal cual acabamos de formularlo la negativa es segura. En efecto, el pago de una deuda y el descargo de un copartícipe no entran en los términos restrictivos de la ley; no es esto un caso de evicción previsto por el art. 884. Esto es decisivo, puesto que no hay privilegio sin texto. Sin embargo, la opinión contraria prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina, con discidencias, sin embargo, que no testifican en favor de la opinión común. Se invoca primero la tradición. Pothier enseña que el marido que paga una deuda en descargo de su mujer ó de sus herederos tiene una hipoteca privilegiada en los gananciales que la mujer tiene en la partición; da como razón que la mujer no puede tomar parte en los bienes de la comunidad sino á cargo de pagar sus deudas. (2) Contestamos que Pothier habla como legislador, no estaba

1 Cloes, t. I, p. 412, núm. 709. En sentido contrario Casier, núm. 273.

2 Pothier, De la comunidad, núm. 752.

ligado por ningún texto; tal no es la posesión de los intérpretes modernos; el texto los encadena y este texto reproduce seguramente la doctrina de Pothier.

Los autores están devididos. Persil y Troplong sobre todo defienden la opinión de Pothier; insisten en la necesidad de mantener la igualdad entre copartícipes. (1) Este motivo se dirige al legislador: ¿dice la ley que el privilegio existe en todos los casos en que la igualdad estuviera comprometida? Grenier y Dourantón se atienen al texto y al principio de interpretación que domina esta materia. El Código no concede privilegio más que para los saldos y la garantía, y el pago de una deuda de sucesión no entra en ninguno de estos hechos. Es seguro que esta hipótesis no cae bajo la aplicación del art. 27 de nuestra ley más restrictiva que el artículo 2103 del Código Civil (núm. 59). Martou, el excelente comentador de la Ley Hipotecaria, trató de aplicar al pago de una deuda el principio de saldo. (2) Esto es una sutileza que se podría admitir en rigor si la interpretación extensiva estuviera permitida en materia de privilegios, pero el principio contrario es de doctrina y de jurisprudencia. Cualquiera dificultad relativa á la existencia de un privilegio debe zanjarse con el texto; y el texto que conceda un privilegio para el *pago de los saldos ó el excedente de dotes* ¿es aplicable al caso en que uno de los copartícipes paga una deuda en descargo de otro? Nó, ateniéndose á la letra de la ley, y esta es decisiva. (3)

La Corte de Casación también se pronunció en favor de la opinión que combatimos. Después de haber citado el texto del art. 2103 dice que el objeto evidente de esta disposición es mantener la igualdad de las particiones, la que

1 En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. III, p. 172, nota 24, pfo. 263.

2 Martou, t. II, p. 212, núm. 585. En sentido contrario, Cloes, t. I, p. 413, núm. 710.

3 Denegada, 2 de Abril de 1839 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 494).

estaría herida á cada instante si la ley no asegurara entre coherederos el reembolso de la deuda hereditaria que uno se hubiera visto obligado á pagar por el otro. El argumento no es lógico. De que la ley quiso garantizar la igualdad de las particiones no se puede concluir que entendió conceder un privilegio en todos los casos en que la igualdad amenaza ser atacada; no se puede sobre todo concluirlo así cuando se trata de privilegios, porque esto es prevalecerse del espíritu de la ley contra el texto para extender un privilegio á un caso que la letra de la ley no prevee, lo que conduce á crear privilegios; y la Corte de Casación no dice en todas sus sentencias que los privilegios son de derecho estrecho?

41. Un heredero está condenado á restituir sumas por él substraídas de la sucesión y disimuladas cuando la partición. ¿Tiene el copartícipe un privilegio por este punto? En tales términos fué presentada la cuestión ante la Corte de Agén; la negativa era segura, puesto que la ley no concede privilegio más que para los créditos que nacen de la partición. (1) La partición en este caso es desigual, pues el heredero que substraiga bienes no tiene ninguna parte en los bienes que intentó sustraer á sus copartícipes; y la ley no da privilegio para garantizar en desigualdad de la partición. No porque dicha desigualdad no sea perfectamente justa, pero se trata de una pena y la ley descuidó de asegurar la ejecución de la penalidad que pronunció; concluimos de esto que aunque la condena fuera anterior á la partición sólo resultaría de ella una acción personal contra el heredero culpable; la razón para decidir nos parece evidente, la malversión no entra en el texto de la ley, luego no hay privilegio.

§ V.—PRIVILEGIO DEL ARQUITECTO.

42. Los empresarios, arquitectos, albañiles y demás

¹ Agén, 22 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 27).

obreros empleados en desmontar ó desecar pantanos para edificar, reconstruir ó reparar construcciones, canales ú otras obras cualesquiera, tienen un privilegio en el inmueble del que han aumentado el valor con su trabajo (artículo 27, 5.º; Código Civil, artículo 2103, 4.º) ¿Cuál es la causa de este privilegio? Al enunciarlo hemos dado sus motivos.

Los obreros, quienes por su trabajo dan un aumento de valor al inmueble, enriquecen al deudor y, por consiguiente, á sus acreedores; es de toda justicia que éstos les tengan cuenta del provecho que sacan. Y es en estos límites en los que la ley establece el privilegio; los acreedores no tienen privilegio más que por el aumento de valor que resulta de sus trabajos.

43. En el lenguaje de la escuela se llama á este privilegio el del arquitecto porque es ordinariamente éste quien lo ejerce, dando á la palabra *arquitecto* su más lata acepción. Además, pasa con este privilegio lo que con todos los demás: no está concedido á la persona, está ligado á la calidad del crédito. En este concepto la redacción del Código Civil dejaba que desear, parecía restringir el privilegio á ciertos trabajos consistentes en *edificar, reconstruir ó reparar*. Decimos que la ley parecía ser restrictiva; es seguro que no hay ninguna razón para restringir el privilegio á trabajos de construcción; toda obra que tiene por objeto aumentar el valor del fundo merece igualmente un privilegio porque la causa es idéntica. El proyecto sometido al Consejo de Estado no hablaba de los canales. Crétet pidió que se extendiera el privilegio á toda clase de construcción. Treillard el relator de la Sección de Legislación declaró que aceptaba la enmienda y propuso redactarla como sigue: «Los canales, diques, *saneamientos* y demás obras.» Esta enmienda fué adoptada; consta en el acta y, sin embargo, la palabra *saneamiento* desapareció, no se sabe por qué ni por culpa de

quién. (1) Esto demuestra cuando menos un gran descuido. Los privilegios no estaban concedidos para los saneamientos. La ley belga agregó el desmonte de las tierras y saneamiento de los pantanos, pero nada dice de los plantíos que no están comprendidos en las expresiones *desmontar, desecar, edificar, reconstruir y reparar*; y las palabras ó *cualquiera otra obra* no se refieren, como en el Código Civil, de donde las tomaron, más que á las *construcciones*. En lugar de enumerar los diversos trabajos hubiera sido más sencillo poner en principio que cualesquiera trabajos que aumentan el valor del fundo dan un privilegio al que procuró el aumento de valor.

44. Los términos de la ley son restrictivos en lo relativo á la calidad que deben tener para que el privilegio pertenezca á quien los ejecutó. Es necesario, según el art. 27, como según el Código Civil (art. 2103), que los empresarios, arquitectos, albañiles y demás obreros hayan sido *empleados* para hacer los trabajos de mejora. *¿Empleados* por quién? Por el *propietario*, dice la continuación del artículo, que declara tener el deseo de ejecutar estos trabajos. El propietario que *emplea obreros* contrata con ellos; de este contrato nace un crédito; y es este crédito es el que está privilegiado hasta concurrencia del aumento de valor que resulta de los trabajos.

45. De ahí una primera consecuencia: es que los empresarios y los obreros que tratan, no con el propietario sino con el empresario principal ó con el arquitecto ó el maestro albañil, no tienen privilegio. No pueden invocar el texto de la ley, pues no están empleados por el propietario; no tienen crédito contra él; desde luego es imposible que su crédito contra el empresario, que no es propietario del fundo, sea una garantía privilegiada en el fundo. Bien es verdad que los obreros son los que procuran el

1 Pont, t. I, p. 203, núm. 210.

aumento de valor con su trabajo, pero sólo lo procuran bajo la dirección del empresario ó del arquitecto, sólo son instrumentos, el alma es el director. La equidad está, pues, acorde con el derecho. En derecho no hay privilegio sin crédito y los obreros no tienen crédito contra el amo; y bajo el punto de vista de la equidad el aumento de valor no se debe á los trabajos puramente materiales, se debe al que dirige los trabajos; por consiguiente, el privilegio debe también pertenecerle.

Los obreros tienen, sin embargo, una acción contra el propietario: es la acción indirecta del art. 1166; acreedores del empresario pueden ejercer en nombre de su deudor la acción que éste tiene contra el dueño. Esta acción indirecta que los obreros tienen contra el propietario no les da las ventajas de una acción directa, pues promoviendo en nombre del empresario deben partir los beneficios con todos los acreedores de su deudor. Es para darles una garantía más fuerte por lo que el art. 1798 les concedió una acción directa contra el propietario hasta concurrencia de lo que éste es deudor hacia el empresario en el momento en que emprenden su acción. Transladamos en cuanto al principio al título *Del Arrendamiento*; sólo falta hacer la aplicación del art. 1798 al privilegio del arquitecto. La cuestión no deja de tener dificultades, por lo que las opiniones están divididas. En nuestro concepto la acción del art. 1798 no es otra que la del art. 1166; siempre es la acción del empresario la que ejercen los obreros; no pueden tener acción personal contra el propietario, puesto que no intervino ningún convenio entre éste y ellos; sólo tienen, pues, la acción indirecta del art. 1166; sólo que el beneficio de esta acción les está atribuida con exclusión de los demás acreedores del empresario.

Si tal es el sentido del art. 1798 debe concluirse que los

obreros ejercen la acción privilegiada del empresario contra el propietario. Decimos la acción privilegiada, pues es la acción del empresario tal cual le pertenece la que los artículos 1167 y 1798 combinados dan á los obreros; es decir, una acción provista de un privilegio; serán, pues, preferidos á los demás acreedores del propietario si, como se debe suponer, éste está en quiebra, pues sólo en este caso es cuando se trata de ejercer un privilegio; es decir, una preferencia para con los acreedores quirografarios. Sin embargo, los obreros no siempre tienen un derecho al privilegio para todo su crédito; no es su crédito lo que reclaman contra el dueño, es el crédito del empresario; luego cuando éste ha sido pagado en parte los obreros no tienen privilegio contra el propietario más que hasta concurrencia de lo que éste debe al arquitecto. (1)

46. Unos terceros que no han contratado directa ni indirectamente con el dueño no pueden tener el privilegio de aumento de valor que la ley da á los obreros *empleados por el propietario*. La proposición se encuentra motivada por los mismos términos que la enuncian y que están tomados del texto del Código Civil y de la Ley Hipotecaria: tales son los terceros poseedores, el tercer detentor ó el usufructuario. Si hacen mejoras en el fundo que poseen ¿tienen por este punto el privilegio del arquitecto? La cuestión no tiene sentido; en efecto, las condiciones prescriptas por el texto mismo de la ley para la existencia del privilegio no pueden ser cumplidas. ¿Dónde está desde luego el contrato intervenido entre los poseedores y el propietario contra el que promueven? No hay ningún lazo jurídico entre ellos con relación á estos trabajos; los terceros poseedores y los terceros detentores los hacen para sí y no como *empleados por el propietario*; ellos mismos son propietarios si obran

1 Véase, en sentido diverso, Aubry y Rau, t. III, p. 174, nota 31. Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 555, núm. 176; Pont, t. I, p. 203, núm. 210.

como tales. Las demás condiciones que enumeraremos más adelante no pueden tampoco ser llenadas. Esto es de tal evidencia que es inútil insistir. (1)

Sin embargo, la jurisprudencia reconoció un derecho de preferencia, luego un privilegio, á los que hacen un trabajo de mejora ó de conservación en un fundo. Mejor dicho, la jurisprudencia es incierta y confusa en esta materia; lo que en ella domina es la falta completa de todo principio. La Corte de Casación confirmó una sentencia que á la vez que negaba á los terceros detentores de un inmueble hipotecado el privilegio del arquitecto juzgaba que el detentor podía ejercer un derecho de propietario en las mejoras debidas á sus trabajos; de manera que se le niega un privilegio y se le concede más que un privilegio: un derecho de propiedad. (2) La Corte cita el art. 2175; volveremos á ello; basta leer para convencerse de que no se trata ni de un derecho de propiedad ni de un privilegio.

Hay otra sentencia de la Corte de Casación que sería difícil justificar y aun excusar. Un adjudicatario ejecuta trabajos que tiene cuidado de hacer constar por arquitecto. Después ocurre un remate. Se abre una orden: el primer adjudicatario pide se le coloque de preferencia por sus gastos y por sus costas de experticia. Esta extraña reclamación fué acogida por la Corte de Orleáns y en el recurso recayó una sentencia de denegada, más extraña aún. La Corte comenzó por comprobar que los trabajos eran necesarios, urgentes; de donde concluyó que el adquirente al hacer las reparaciones conservaba un inmueble que sin sus desembolsos habría perecido. ¿Con qué objeto establecer que se trataba de trabajos de conservación? ¿Es que la ley concede un privilegio para estos trabajos? Todavía basta

1 Aubry y Rau, t. III, p. 174, nota 32, pfo. 263, y en sentido diverso los autores que citan.

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 959, 1.º).