

cripción válida en su principio. Por esto debe apartarse la objeción que se opone al acreedor que quiere tomar una inscripción; es acreedor más bien que propietario, puesto que dejó de ser propietario para con el comprador.

Si insistimos tanto en los verdaderos principios en un debate que no tiene interés práctico es porque importa precisar las ideas en la difícil materia de la conservación de los privilegios. Los principios elementales nos ayudarán á resolver las cuestiones controvertidas y dudosas.

77. La interpretación que hemos dado al art. 29 hace nacer una nueva dificultad. Resulta que los acreedores privilegiados, menos el arquitecto, tienen dos medios de conservar su privilegio: la inscripción y la transcripción. Esta teoría se comprende difícilmente. Si la inscripción conserva los privilegios, como lo dice el art. 29, es el acreedor privilegiado el que debe cuidar de la conservación de su derecho, pues el acreedor es quien requiere la inscripción (art. 2148; Ley Hipotecaria, art. 83), y si lo hace la transcripción, en lo que á él toca, es inútil. Si es la transcripción la que conserva el privilegio entonces el comprador, es decir, el deudor, conserva el privilegio del acreedor, pues él es quien requiere la transcripción; y en este caso la inscripción es inútil. ¿Se concibe ahora que la ley diga á la vez que el privilegio se conserva por el deudor y por el acreedor? El acreedor dirá que no tiene necesidad de hacer inscribir su privilegio y pagar gastos por este punto, puesto que la ley dispone que el privilegio se conserva por la transcripción, cuyos gastos debe sufrir el deudor. Y el deudor, si no quiere transcribir en interés suyo, no lo hará seguramente en interés del acreedor. No habrá, pues, transcripción ni inscripción. El sistema parece seguramente singular y hay que dar una explicación de esta aparente singularidad.

Esto es lo que vamos á intentar hacer.

§ III.—OBJETO DE LA TRANSCRIPCIÓN COMO MEDIO DE CONSERVAR LOS PRIVILEGIOS.

78. Los arts. 30-34 no existían en el proyecto de la comisión sometido á las deliberaciones de las cámaras. Fueron introducidos en la ley, por proposición del Ministro de Justicia, con objeto de evitar los inconvenientes que resultan de la retroacción de los privilegios cuando su conservación está ligada á la inscripción. Antes de exponer el nuevo sistema propuesto por el Ministro y adoptado por las cámaras debe examinarse el principio de la retroacción de los privilegios tal cual lo formulaba la comisión especial. Este principio se enlaza al art. 12, cuya explicación hemos aplazado. Es por esta disposición por la que debemos comenzar el examen de las dificultades que presenta la conservación de los privilegios inmobiliarios.

79. ¿Tienen los privilegios, por su naturaleza, un efecto retroactivo? El art. 12 parece decirlo al definir el privilegio: «Es un derecho que la *calidad* del crédito da á un acreedor para ser preferido á los demás acreedores, *aun hipotecarios*.» Si la *calidad* del crédito asegura al acreedor privilegiado la preferencia para con los demás acreedores la publicidad es indiferente; poco importa la fecha en la que un privilegio se hace público, desde que está conservado opera los efectos ligados á la calidad del crédito; y por razón de esta calidad es preferido á todos los demás acreedores, aun anteriores. Encontramos un ejemplo de esta retroacción en el privilegio del arquitecto. Se conserva por la inscripción de dos actas que deben levantarse para que el privilegio exista, y si la inscripción se hizo como lo prescribe la ley el arquitecto prevalecerá á todos los acreedores hipotecarios inscriptos antes que él. Esta preferencia se explica por la calidad del crédito privilegiado por el objeto



del privilegio. El arquitecto enriquece el patrimonio del deudor común; es, pues, justo que se le pague del precio del fundo que mejoró con sus trabajos hasta concurrencia del aumento de valor que le procuró. El privilegio retrotrae en el sentido de que prevalece á créditos inscriptos antes que el del arquitecto. Pero no hay en esta retroacción ningún ataque á derechos adquiridos; á decir verdad, los acreedores anteriores y el arquitecto ejercen sus derechos en valores diferentes, los acreedores anteriores en el valor que tiene el inmueble independientemente de los trabajos que fueron ejecutados y el arquitecto en el aumento de valor de los trabajos; y los acreedores posteriores á la inscripción de la primera acta no pudieron contar con este aumento de valor, puesto que en el momento en que contrajeron tenían conocimiento del privilegio que el arquitecto adquiriría en sus trabajos. En cuanto á los acreedores inscriptos antes de la primera acta tenían, en verdad, un derecho en los trabajos de mejoras en el sentido de que su derecho recae en estas mejoras; pero no lo pueden oponer más que á los acreedores quirografarios y no á los acreedores privilegiados, pues esto sería enriquecerse en su perjuicio, y nadie puede enriquecerse sin causa á expensas ajenas.

80. La retroacción así entendida se concilia con los principios generales del derecho. Sería contraria á estos principios si los privilegios retrotrajaran quitando un derecho adquirido. Y la hipoteca, como todo derecho real, da al acreedor un derecho en la cosa; la propiedad del inmueble hipotecado está desmembrada en favor del acreedor hipotecario que no puede ser despojado de su derecho por un privilegio que naciera cuando la hipoteca se volvió ineficaz para con los terceros por su inscripción. En teoría la hipoteca inscripta debe prevalecer al privilegio posterior. Soy propietario de un inmueble hipotecado; vendo; la venta me da un privilegio en este inmueble. ¿Este privilegio prevalecerá

á la hipoteca? Si se tomara el art. 12 á la letra habría que contestar que el vendedor, acreedor privilegiado, prevalece al acreedor hipotecario cuando ejercen sus derechos en un mismo inmueble. Sin embargo, todo el mundo sabe que la hipoteca prevalecerá al privilegio. Pero no se está acorde en el motivo de decidirlo. El principio que acabamos de recordar ofrece una muy sencilla explicación de la preferencia que se da al acreedor hipotecario. En el momento en que el privilegio toma nacimiento por la venta del inmueble éste está gravado con una hipoteca inscripta; está, pues, desmembrado en favor del acreedor hipotecario. Así es que el privilegio del vendedor recae en un inmueble desmembrado; es decir, que sólo recae en el inmueble respetando el derecho del acreedor hipotecario; luego éste prevalecerá al vendedor en el precio del inmueble gravado á la vez de hipoteca y de privilegio. (1)

Esto no está contestado; la única dificultad está en saber si esta preferencia que se concede al acreedor hipotecario sobre un acreedor privilegiado es una derogación del principio consagrado por el art. 12. No decimos que esto es una excepción á la regla, pues si lo fuera tendría que estar formulada en un texto, y no lo hay. Decimos que el privilegio no puede prevalecer á la hipoteca en todos los casos en que concurre con una hipoteca inscripta en el momento en que nace el privilegio, porque si éste prevaleciera se quitaría al acreedor hipotecario un derecho adquirido, y el legislador mantiene siempre el derecho adquirido. El principio del art. 12 no puede, pues, recibir aplicación más que cuando el privilegio concurre con una hipoteca posterior; en este caso el privilegio, aunque inscripto posteriormente á la hipoteca, prevalece por su naturaleza; es decir, por la calidad del crédito. Diremos más adelante cómo garantiza

1 Durantón, t. XIX, p. 26, núm. 26. Moulón, Repeticiones, t. III, p. 497, núm. 1249, y Examen crítico, t. I, p. 76, núm. 29.

la nueva ley los derechos del deudor hipotecario que se encuentra preferido por un acreedor privilegiado cuyo derecho no se había hecho público en el momento de la inscripción de la hipoteca.

Hay otra explicación de la preferencia que pertenece al acreedor hipotecario contra el privilegio que toma nacimiento cuando el derecho hipotecario se adquirió ya para con los terceros. Se dice que en el caso que hemos supuesto no hay realmente concurso entre el acreedor privilegiado y el hipotecario, puesto que tienen un deudor diferente; el vendedor tiene por deudor al comprador y el acreedor hipotecario tiene por deudor al vendedor ó á un propietario que contrajo la deuda hipotecaria. Y el privilegio, es decir, la preferencia para con los demás acreedores hipotecarios, implica que los diversos acreedores ejercen sus derechos en los bienes del mismo deudor. Cuando ejercen sus derechos en los bienes de diferentes vendedores no concurren; no puede decirse que el uno prevalezca al otro. (1) Nos parece que la explicación deja que desear: la hipoteca, en el caso, y el privilegio recaen en el mismo bien, es el solo y mismo precio el que está distribuido entre el acreedor privilegiado y el hipotecario; en este sentido concurren, hay conflicto entre ellos. Se admite que el acreedor privilegiado está preferido por el acreedor hipotecario, puesto que éste se paga del precio antes que el otro; luego hay una excepción aparente al art. 12 que dice terminantemente que el acreedor privilegiado prevalece á los acreedores hipotecarios.

Una cosa es segura, cualquiera que sea la explicación que se adopte: es que el privilegio no retrotrae en el caso en que toma nacimiento cuando el inmueble está ya gravado con una hipoteca inscrita. Y esto es todo lo que queremos hacer constar. Si es, pues, de naturaleza del privilegio re-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 10, núm. 295.

trotraer sólo puede ser en el sentido de que el privilegio prevalece á las hipotecas que están establecidas posteriormente al momento en que el crédito privilegiado tomó nacimiento. Esta es la hipótesis que vamos á examinar. Los trabajos preparatorios nos enseñarán que los autores de la ley, lejos de consagrar la retroacción de los privilegios, han organizado la conservación de los privilegios de modo que resguarden á la vez los derechos del acreedor privilegiado y los derechos de los terceros acreedores hipotecarios.

81. El Código Civil no admitía más que tres privilegios: los del vendedor, del copartícipe y del anticresista; en cuanto á los privilegios del prestamista, á quienes clasificaba entre los privilegios inmobiliarios, sólo era la subrogación á uno de estos tres privilegios; se confundía, pues, con ellos. Ya hemos dicho en qué sentido retrotrae el privilegio del arquitecto y volveremos aún á ello al tratar de la conservación de este privilegio. El privilegio del vendedor se conservaba por la transcripción del acta de venta (artículo 2108). Este sistema, tomado de la ley de Brumario, supone que la transcripción está requerida para que la venta tenga efecto para con los terceros. Este era el principio consagrado por el proyecto del Código Civil. Desgraciadamente el principio desapareció sin que se sepa cómo, así como lo dijimos en otro lugar (tomo XXIX, núms. 28 y 29). Desde luego la conservación del privilegio del vendedor por la transcripción no tenía ya razón de ser y, sin embargo, estaba escrito en el Código. De ahí dificultades inextricables. El Código Civil disponía también que los privilegios se conservan por la inscripción, pero el art. 2106 decía que sólo tenían efecto *á contar de la fecha de esta inscripción*. ¿Cómo conciliar el art. 2106 con el art. 2108? Se intentó en vano, la conciliación era imposible; el art. 2106 fué sacrificado; se le interpretó en el sentido de que el vendedor sólo producía efecto cuando estaba transcripto, pero que

una vez hecha la transcripción prevalecía á todos los acreedores hipotecarios, aun á los inscriptos anteriormente. Esto era la retroacción de plano: el privilegio del vendedor permanecía oculto, puesto que la venta no estaba sujeta á transcripción; los terceros creían tratar con seguridad con el propietario del inmueble y entonces aparecía súbitamente el vendedor, quien mandaba inscribir su privilegio y quien por la calidad de su crédito prevalecía á las hipotecas. Este sistema violaba la ley, pues estaba en oposición con el texto terminante del art. 2106, y resultaba un peligro incesante para los acreedores hipotecarios. (1) El privilegio del copartícipe para el saldo y el precio de licitación retrotraía igualmente. Aquí no había ninguna duda; el privilegio debía estar inscripto dentro de los sesenta días y prevalecía á las hipotecas constituidas durante este plazo (art. 2109). Esta retroacción se comprende: el privilegio tomaba nacimiento á partir del acta de partición; tenía, pues, que prevalecer á las hipotecas posteriores, siempre que estuviera inscripto en el plazo de ley. Lo seguro es que este plazo era largo y que durante los dos meses que seguían á la partición los terceros no podían tratar con los coparticipes; lo que aumentaba el inconveniente de este sistema de publicidad era que la partición permanecía oculta, puesto que no estaba sometida á la transcripción.

82. La retroactividad de los privilegios organizada así, sería desastrosa; se la criticaría, y con justa razón, como uno de los vicios muy numerosos del régimen hipotecario establecido por el Código Civil. La comisión especial que preparó la nueva ley en su informe quiso los efectos de la retroacción. La mantuvo, pues era de la naturaleza del privilegio operar completa retroactividad. (2) Se debe entender esta proposición en el sentido de que el privilegio, una vez naci-

1 Martou, Comentario, t. II, 250, núms. 634 y 635.

2 Informe de la comisión especial [Parent, ps. 30 y 36].

do, debe prevalecer á las hipotecas posteriores en razón de la calidad del crédito privilegiado. Como, por otra parte, los privilegios están sometidos á la publicidad se debería hacer retrotraer el efecto de la inscripción como lo hacía el artículo 2109 para el privilegio del copartícipe (núm. 81). La comisión especial admitió este sistema de publicidad, pero sin disminuir el mal que resultaba en que se debía tomar inscripción: la fijó á quince días á partir de la transcripción del acta que daba nacimiento al privilegio; tomada en este plazo la inscripción tenía efecto á partir del cambio (art. 34 del proyecto). La comisión creía conciliar con este sistema la retroactividad del privilegio; es decir, los derechos del acreedor privilegiado y los derechos de los terceros, estando éstos advertidos de que no podían tratar con los adquirentes antes de vencer la quincena que seguía á la transcripción de la venta. Si no se hacía la inscripción en la quincena el privilegio degeneraba en hipoteca, la que se hacía ineficaz y no tenía lugar sino después de la fecha de la inscripción.

83. Limitando el efecto de la retroactividad y obligando á los acreedores á inscribir en un plazo corto la comisión especial disminuía los inconvenientes de la retroactividad, pero en cierto modo subsistían. Para separarlos completamente el Ministro de Justicia propuso un nuevo sistema, el que estuvo formulado en los arts. 30 á 34; la conservación de los privilegios está ligada á la transcripción de los actos que dan nacimiento al crédito privilegiado. M. Tesch dice muy bien que si la conservación de dichos privilegios está ligada á la inscripción hecha por el acreedor privilegiado era necesario, como lo decía la comisión, dejar un tiempo determinado al acreedor para inscribir su privilegio; por cierto que para este plazo siempre resultaría que durante este mismo plazo el privilegio estaría oculto y se le daría después un efecto retroactivo durante el tiempo en que el privilegio no era público. El inconveniente del antiguo sis-

tema ha disminuido, pero no ha desaparecido; mientras que en el sistema propuesto por el ministerio desaparecía completamente. El privilegio se consideraba por la transcripción, se hacía público desde el mismo día en que la propiedad se consolidaba á favor del nuevo adquirente; el privilegio que grava la propiedad es del conocimiento de todos en el momento en que el adquirente se hace propietario con respecto á los terceros, es decir, desde el momento en que los terceros pueden tratar con él. (1)

En este sistema, que es el de nuestra ley, no se puede tratar de la retroactividad del privilegio. No hay plazo fijo para la transcripción; luego no lo hay tampoco para la conservación del privilegio. Este se hace público al mismo tiempo que el acta translativa ó declarativa de propiedad de donde procede; antes de la transcripción no hay translación de propiedad con respecto á los terceros; no hay, pues, privilegio que conservar á su respecto, la propiedad no está transferida con relación á los terceros más que por la transcripción, y ésta también conserva el privilegio. Antes de la transcripción no hay privilegio; el privilegio nace, con relación á los terceros, á partir de la transcripción.

84. El nuevo sistema modifica mucho el privilegio tal como está definido por el art. 12 si se entiende la definición en el sentido de que es de naturaleza del privilegio operar con efecto retroactivo. Todos los privilegios consagrados por la Ley Hipotecaria se conservan por la transcripción, exceptuándose el privilegio del arquitecto; éste no retrotrae en el sentido de que no quita á los acreedores hipotecarios un derecho que han adquirido, recae en un valor que el arquitecto crea y en el cual los acreedores anteriores no tenían ningún derecho. En cuanto á los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y del copar-

1 Sesión de la Cámara de Representantes de 4 Febrero de 1851 (Parent, página 279).

tícipe no existen con relación á los terceros más que á partir de la transcripción, y es también á partir de este momento desde el que los terceros pueden adquirir derechos sobre el inmueble gravado con el privilegio; no pueden, pues, adquirir derechos sino hasta que se haga público el privilegio. De aquí se sigue, que sus derechos son posteriores al privilegio; si éste los prevalece es menos en razón de la calidad del crédito que en razón de la publicidad que recibe. Luego no se puede decir que el privilegio prevalece á las hipotecas en razón de su calidad, les prevalece porque en el sistema de la nueva ley es necesariamente anterior á las hipotecas que los terceros pueden adquirir en el inmueble gravado con el privilegio.

No hay más que un privilegio que prevalece á las hipotecas anteriores: es el de las costas judiciales. Mejor dicho, la existencia de este privilegio implica los créditos anteriores, sin los cuales no se concibe. Nada hay de retroactividad en este privilegio; los créditos hipotecarios y privilegiados están obligados á hacer gastos de conservación, de liquidación y de distribución para realizar su derecho de preferencia, deben naturalmente sufrir los gastos que se hagan en su interés.

El sentido que damos al sistema de conservación de los privilegios, tal como está consagrado por la nueva ley, no puede ser contestado; esta no es nuestra interpretación, es la ley interpretada por el que la propuso, por el Ministro de Justicia. Pero la aplicación no deja de tener dificultad. Se necesita distinguir entre los actos translativos de propiedad y la división.

§ IV.—APLICACION DEL PRINCIPIO A LOS PRIVILEGIOS QUE NACEN DE UNA ACTA TRANSLATIVA DE PROPIEDAD.

85. Hay tres privilegios que nacen de actas translativas
P. de D. TOMO XXX—11