

113. Puede suceder que una de las actas no haya sido levantada ó sólo lo haya sido fuera de la época determinada por la ley. ¿Qué sucede entonces con el privilegio? El art. 38 sólo prevee una hipótesis: el acta segunda no fué inscrita en los quince días de recibidas las obras. Después de este plazo, dice la ley, los empresarios, arquitectos ú obreros sólo tendrán una hipoteca que no tomará lugar más que desde el día de la inscripción y sólo por el aumento de valor; es decir, que el privilegio degenera en hipoteca como en el caso previsto por los arts. 36 y 37. Translamos á lo dicho acerca de estas disposiciones (núms. 103-105). Sólo hay una diferencia: es que el arquitecto no puede perder su acción resolutoria, como los vendedores, cambistas y donantes, porque no puede tratarse de resolución del contrato cuando se trata del privilegio del arquitecto, tomando nacimiento este privilegio sólo después de la ejecución del contrato de empresa. El art. 38 supone la existencia de una acta; si no fué levantada el arquitecto nunca tuvo privilegio, puesto que el acta es una condición segunda para la existencia del privilegio que la ley le concede. Y si no hay privilegio no puede degenerar en hipoteca. El arquitecto que no se conforma á la ley no adquiere derecho real, permanece acreedor quirografario.

114. Si la primera acta no fué levantada ó no fué inscrita antes de principiar los trabajos como lo quiere la ley ¿qué sucederá con el privilegio del arquitecto? Esta hipótesis da lugar á dificultades serias. Supongamos, primero, que el acta haya sido regularmente levantada, pero el acreedor sólo inscribe durante el curso de los trabajos, mientras que la ley quiere que se inscriba antes de que estos principien. ¿Perderá por sólo esto el arquitecto su privilegio en el sentido de que sólo tendrá una hipoteca? La cuestión es importante: si el privilegio degenera en hipoteca el arquitecto será prevelecido por todos los acreedores inscrip-

tos antes que él; si, al contrario, conserva su privilegio prevalecerá á los acreedores anteriores á las obras y á los inscritos después de la inscripción de la primera acta.

En nuestro concepto el acreedor conserva su privilegio en el sentido de que no degenera en hipoteca. Esto resulta del texto y de los principios. El art. 38 no pronuncia el decaimiento en esta hipótesis, y los decaimientos son de derecho estrecho; es una pena, y no hay pena sin ley. Se objeta que el decaimiento resulta del principio del artículo 2113; no habiendo sido llenada una de las condiciones prescriptas para la conservación del privilegio éste debe degenerar en hipoteca. Contestamos que bajo el imperio del Código Civil esta opinión, aunque rigurosa, podía sostenerse; el artículo 2113 ministraba un argumento de texto, y en materia de privilegio el texto es decisivo. Pero la ley belga no reproduce la disposición del art. 2113 como principio general, no lo aplica más que en algunos casos (arts. 36 y 37) á título de decaimiento, y las penas no se extienden. El argumento que sacamos del silencio del art. 38 está confirmado por el espíritu de la ley. ¿Por qué quiere la ley que la primera acta esté inscrita? Para avisar á los terceros que había un privilegio en favor del arquitecto á consecuencia de los trabajos que van á ejecutarse en el fundo. Si el acta se inscribe antes de principiar los trabajos todos los acreedores posteriores están prevenidos y, por consiguiente, el acreedor privilegiado los prevalecerá á todos. Si el proceso verbal está inscripto durante los trabajos los acreedores que hayan inscripto su hipoteca antes de la inscripción del acta, no habiendo previsto los trabajos por la tardía publicidad del acta, ésta no puede perjudicarles, y, por consiguiente, no podrán serles opuesta; el privilegio para con ellos no tendrá lugar más que desde su inscripción. Esto es decir que prevalecerán al arquitecto. Esto está conforme con los principios;

un privilegio no publicado no puede prevalecer á aquellos en cuyo interés está prescripta la publicidad.

Queda una dificultad. ¿Si hay acreedores inscriptos antes de los trabajos el arquitecto que no incribió su primera acta más que durante el curso de los trabajos les prevalecerá? La afirmativa essegurasi se admite que el arquitecto conserva su privilegio, pues todos los motivos por los que el privilegio prevalece á las hipotecas anteriores á los trabajos subsisten (núm. 110). Es en virtud de la naturaleza del crédito como el arquitecto prevalece á los acreedores anteriores; basta, pues, que conserve su privilegio para ejercer su derecho de preferencia. ¿Qué importa á los acreedores anteriores á los trabajos cuando la primera acta está inscripta? Su interés está resguardado desde que las actas han sido levantadas como lo prescribe la ley; la publicidad de estas actas sólo interesa á los acreedores que trataron con el propietario después de privilegiados los trabajos. Se objeta que esta opinión conduce á una anomalía inexplicable. Hay acreedores inscriptos en 1875; los trabajos comienzan el 1.º de Marzo de 1876; el acta, redactada en Febrero, sólo se inscribe el 1.º de Junio; unas hipotecas han sido concedidas en el intervalo del 1.º de Marzo al 1.º de Junio, otras desde el 1.º de Junio hasta la inscripción de la segunda acta. El arquitecto prevalecerá desde luego á los acreedores inscriptos desde el 1.º de Junio de 1876, luego á los acreedores inscriptos en 1875, y le prevalecerán los inscriptos desde el 1.º de Marzo al 1.º de Junio de 1876, y, sin embargo, éstos serán prevalecidos por los acreedores de 1875. Contestamos que la anomalía sólo es aparente y que el lugar dado á cada acreedor en nuestro sistema se justifica enteramente. Si los acreedores privilegiados prevalecen á los acreedores anteriores á los trabajos es porque para con éstos conservó su privilegio, siéndoles indiferente la fecha de la inscripción del acta. Si, al contrario, el arquitecto está prefe-

rido por los acreedores inscriptos después de comenzados los trabajos, pero antes de la inscripción de la primera acta, es porque para con ellos no conserva su privilegio; es precisamente para advertirles la existencia del privilegio que les prevalecerá por lo que la ley quiere que la primera acta está inscripta antes del principio de los trabajos; no verificándose esta inscripción el privilegio no existe para con ellos. En cuanto al lugar que los varios acreedores hipotecarios tienen entre sí se fija por la fecha de su inscripción; esto es el derecho común; este lugar es extraño al arquitecto, puesto que está pagado del aumento de valor por preferencia á los acreedores hipotecarios; no se encuentra en conflicto más que con las hipotecas inscriptas después del principio de los trabajos y antes de la inscripción de la primera acta; éstos les prevalecen en el aumento de valor porque debieron contar con él por haber tratado con el propietario, cuando pudieron creer que no había privilegio porque no había acta inscripta.

115. Hasta aquí hemos supuesto que el primer proceso verbal se había redactado antes de comenzar los trabajos, como lo ordena la ley. ¿En qué se convierte entonces el privilegio cuando el proceso verbal se redacta después de comenzar los trabajos? En este caso hay conflicto entre los acreedores anteriores y el arquitecto. En cuanto á los acreedores inscriptos después de comenzados los trabajos y antes de redactar é inscribir el proceso verbal el arquitecto no puede oponerles su privilegio; acabamos de decir (núm. 114) que el arquitecto está prevalecido por sus acreedores únicamente porque el proceso verbal no fué *inscripto* sino durante el curso de los trabajos; con mayor razón debe estar prevalecido cuando el proceso verbal se *redactó* después de comenzados los trabajos. ¿Se debe decir lo mismo de los acreedores anteriores á los trabajos? La dificultad, en la especie, no se refiere á la inscripción del proceso verbal porque

la publicidad es indiferente á los acreedores anteriores, la cuestión está en saber si en defecto del proceso verbal redactado antes de comenzar los trabajos el privilegio del arquitecto puede nacer. Hay una duda muy seria: es la de que la ley exige la primera experticia como condición de existencia del privilegio y quiere que el proceso verbal se redacte antes de la apertura de los trabajos (núm. 52). La duda sólo nos parece decisiva; desde que no se está en los términos de la ley no hay privilegio. En la opinión general se distingue: si los trabajos permiten comprobar aún el estado del local con anterioridad á las obras ya ejecutadas en este caso se admite que el privilegio existe; mientras que no existe si las obras están muy avanzadas para que se pudiera comprobar el estado del local primitivo. (1) La distinción es equitativa, pero contraria al texto, la que en materia de privilegios basta para desecharse.

Se propuso otra distinción. El proceso verbal se hace en una época en que no es posible reconocer con exactitud el estado del local anteriormente á los trabajos; es cierto que, en este caso, el arquitecto no puede prevalecer á los acreedores anteriores al principio de los trabajos por las obras que ha ejecutado antes de proceder á la experticia, porque sin experticia anterior á los trabajos no podría haber privilegio. ¿Pero no tendrá el arquitecto privilegio por los trabajos que ejecute á partir del proceso verbal que redactare? La jurisprudencia está dividida: la Corte de Casación se pronunció contra el arquitecto; invoca el texto y el espíritu de la ley. Si rigurosamente se atiende uno al texto se debe negar el privilegio al arquitecto; en efecto, no ha llenado la condición que la ley exige para la existencia del privilegio (art. 27, 5^o); esto es decisivo. El rigor se justifica por el interés que los acreedores anteriores tie-

1 Martou, t. II, p. 223, núm. 602. Aubry y Rau, t. III, p. 176, nota 33, párrafo 263, y las sentencias citadas por ellos.

nen en que la experticia se haga en un momento en que el estado del local pueda ser comparado con exactitud; más que un interés para ellos es un derecho establecido por la ley, porque ésta ordena que se les cite cuando la primera experticia. (1) El espíritu de la ley que la Corte invoca no deja duda acerca de la doctrina, consagrada. El arquitecto no opone su privilegio á los acreedores anteriores para los trabajos que ha hecho antes de redactar el proceso verbal; luego el interés y el derecho de los acreedores anteriores no están en causa; su interés está resguardado porque ejercen su hipoteca en el fundo teniendo en vista el estado del local en el momento en que se redacta el proceso verbal; lejos de perder ganan, puesto que aprovechan de las obras ejecutadas; su derecho está respetado, puesto que se le supone se les llama á la experticia que se hace. Hay dos sentencias de la Corte de París en este sentido. (2) Sin embargo, preferimos la jurisprudencia más rigurosa de la Corte de Casación. No es exacto decir que el derecho y el interés de los acreedores anteriores están á salvo. Suponemos que los trabajos consisten en demoler antiguas construcciones para reemplazarlas por nuevas; en el momento de redactarse el proceso verbal el trabajo de mejora concluye y los de reconstrucción van á comenzar. Es cierto que en esta hipótesis no se podrá determinar con exactitud el estado anterior del local á los trabajos y no se puede decir ya que los acreedores anteriores aprovecharán de las obras; en vano se acudiría al proceso verbal, sería demasiado tarde para resguardar su interés, y siendo este interés un derecho se debe decir con la

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 471), y Denegada, 1.º de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 219). Hay una sentencia en este sentido, muy bien redactada, del Tribunal del Sena, confirmada en apelación, París, 26 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 468, 2.º)

2 Véanse las sentencias citadas en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 472; y París, 20 de Agosto de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 188). Compárese Martou, t. II, p. 224, núm. 604.

Corte de Casación que no pudiendo llenarse la condición requerida para garantía de los derechos de los acreedores anteriores por un proceso verbal en el curso de los trabajos el arquitecto no tendrá privilegio.

§ VIII.—DE LA SEPARACION DE LOS PATRIMONIOS.

116. El art. 39 somete á la publicidad la separación de patrimonios. ¿Se debe concluir que el derecho de los acreedores y el de los legatarios es un privilegio? Nos trasladamos á lo dicho, de esta difícil materia, al título *De las Sucesiones* (t. X, núms. 28-38 y 55-69).

§ IX.—DE LOS CESIONARIOS DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS.

117. «Los cesionarios de créditos privilegiados ejercen los mismos derechos que los cedentes en su rango y lugar, conformándose con las disposiciones del art. 5 de la presente ley» (art. 40). Esta es la reproducción del art. 1692 del Código Napoleón, en cuyos términos la cesión de un crédito comprende los acreedores del crédito, tales como la caución, privilegio é hipoteca. Se ha observado que el art. 40 dice que los cesionarios ejercen los *mismos* derechos, y se ha concluido que los cesionarios gozan también del derecho de resolución que pertenece al cedente. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De la Venta* acerca de este asunto (tomo XXIV, núm. 535), que es el sitio de la materia, y no el art. 40 que no habla más que de los privilegios; como lo prueba el traslado al art. 5 que prescribe la publicidad de la cesión cuando el crédito está privilegiado ó es hipotecario. Explicamos esta disposición al tratar *De la Transcripción*.

118. El acreedor cede una parte del crédito. ¿Cuáles son, en este caso, los derechos respectivos del que cede y del cesionario? Uno y otro tienen un crédito privilegiado, y

siendo idéntica la causa del privilegio se debe aplicar al artículo 14 (Código Civil, art. 2097), en cuyos términos los acreedores privilegiados que tienen un privilegio de igual calidad tienen la misma categoría y se pagan de preferencia. Esto ha sido comprobado por Troplong; pero estando escrita la solución en el texto de la ley es inútil discutir lo que la ley ha decidido. La jurisprudencia está en ese sentido. (1) Sucede de otro modo cuando un acreedor recibe un pago parcial con subrogación; se aplica, en este caso, el art. 1252 que dice: «La subrogación no puede negarse al acreedor cuando sólo ha pagado en parte; en este caso puede ejercer sus derechos por lo que se le quede á deber por preferencia de aquel que no haya recibido más que un pago parcial.» Dijimos en el título *De las Obligaciones* cuál es el motivo de esta diferencia y por qué el cesionario no puede prevalecerse (t. XVIII, núm. 132).

119. ¿Se debe admitir una excepción á estos principios cuando el que cede ha garantizado la resolución del cesionario? La Corte de París juzgó que en este caso el cesionario debe ser pagado de preferencia. Esto nos parece muy dudoso. La garantía es una obligación personal que no da al cesionario ningún derecho real en la cosa. En la especie juzgada por la Corte de París había una segunda cesión hecha sin garantía de solvencia; decidió que el que cede no había podido transferir la parte del crédito que el que daba sino con el derecho de preferencia con que estaba gravado en favor del primer cesionario, porque, dice la sentencia, el segundo cesionario no puede tener más derecho que su cedente. (2) Aquí está el error, en nuestro concepto. Las obligaciones no pasan á los legatarios á título particular, sola-

1 Casación, 4 de Agosto de 1817 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 495) y 29 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 481). Pont discute la cuestión (t. I, página 232, núm. 239).

2 París, 17 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 494). En el mismo sentido, Pont, t. I, p. 231, núm. 239.