

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? ¿Dejan? 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 inmobiliarias. 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 inmobiliarias*. 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 inmobiliar 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 mobiliar. 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 mobiliar; 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. Translademos 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 inmobiliar. 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).