

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 mobiliar 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. 239, 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).

6. Del contrato de matrimonio.

72. El contrato de matrimonio debe ser transcripto cuan-

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 1º 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. 1º 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 é 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 fundos 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 fundo 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 á 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 ú 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 transacción 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.