

translativas de propiedad; están regidas por el derecho común y, por tanto, no deben ser transcriptas cuando se hacen por testamento; son también actas de partición, de donde toman su nombre. Y como tales caen bajo la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria; son actas declarativas de propiedad (t. XV, núm. 82) y á este título sujetas á la transcripción. Se objeta que las particiones testamentarias, siendo actas de última voluntad, no está uno obligado á transcribirlas, puesto que las disposiciones testamentarias están exceptuadas de esta formalidad. (1) La objeción no toma en consideración el doble carácter de las particiones de ascendientes; ¿á qué título los testamentos están exceptuados de la transcripción? Como actas de disposición; el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria es terminante en este respecto, pero las particiones de una sucesión testamentaria están sometidas á la transcripción, como toda partición: y la partición de ascendiente reemplaza la que hicieran los hijos, luego debe ser transcripta, como toda partición. Que no se argumente sobre la aparente anomalía de esta decisión. Hay mucho más en esta materia tan difícil, y teniendo todas el doble carácter de partición de ascendientes no se les puede suprimir uno de sus caracteres, se debe tenerlos en cuenta; hé aquí por qué una sola y misma acta, exceptuada de la publicidad como acta por causa de muerte, está, sin embargo, sometida á ella como acta declarativa de propiedad inmobiliar.

105. La transcripción de particiones levanta otras dificultades en las que el legislador no pensó cuando colocó en la misma línea las actas translativas y las declarativas de propiedad. Volveremos á este punto al tratar de la conservación de los privilegios.

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 43, núm. 23.

*Núm 8. De las actas de resolución voluntaria.*

106. La Ley Hipotecaria sometió á la publicidad por vía de inscripción las sentencias pronunciadas sobre demandas de nulidad ó de revocación de una acta translativa de propiedad inmobiliar (art. 3). Más adelante hablaremos de esta publicidad especial. El Código no dice nada de la resolución voluntaria que se hace por vía de convención, sin la intervención de la justicia. ¿Debe concluirse de esto que estas actas no deben registrarse? Se podría creerlo ateniéndose al principio que domina la materia: es que sólo hay lugar á transcripción en virtud de una disposición de la ley (núm. 31). Esto sería razonar mal. Sin duda que se necesita un texto para que una acta deba ser transcripta, pero cuando hay un texto que establece una regla general esta regla debe recibir su aplicación en todos los casos que entran en ella. Este es el verdadero principio. Y el art. 1.º de la Ley Hipotecaria dice en términos generales que todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios deben ser registradas; luego la transcripción está requerida para toda convención que contiene una translación de propiedad. Al intérprete toca aplicar la regla. La única cosa que haya que hacer es examinar si el acta es translativa de propiedad inmobiliar; si lo es el acta debe ser transcripta. Debemos, pues, ver cuál es el carácter y cuáles los efectos de una resolución voluntaria de un contrato translativo de propiedad.

La convención translativa de propiedad opera sus efectos por sólo la voluntad de las partes contratantes aunque no hubiera ninguna tradición y que el precio no estuviese pagado, si se trata de unaventa. Esto es la innovación consagrada por el art. 1138. Cuando vendo un inmueble la propiedad está transferida al comprador desde que la venta está perfeccionada. Si después de esto convengo con el comprador que esta venta será resuelta ¿cuál será el efecto

de este convenio? Había dejado de ser propietario, el inmueble había entrado en el patrimonio del comprador. Si convenimos en resolver la venta esto es con el objeto de que vuelva á la propiedad de la cosa vendida. Y esto sólo puede hacerse en virtud de una nueva convención que traslade la propiedad de la persona del comprador á la mía. Esto es decir que se opera una segunda venta, luego hay una nueva acta translativa de propiedad, la que debe ser registrada por aplicación de la regla general establecida por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Era inútil consagrar esta aplicación por un texto; el legislador no da ninguna aplicación, abandonó este cuidado al intérprete. Esto era, sobre todo, inútil para la resolución voluntaria, puesto que la aplicación del principio no sufre ninguna dificultad. El Relator de la Cámara de los Representantes, M. Lelièvre, lo dijo. Después de haber declarado que la renuncia á un derecho real inmobiliario estaba sometida á la transcripción, agrega: «Lo mismo sucederá con las actas conteniendo *resolución, rescisión ó revocación voluntaria* de los contratos, porque *evidentemente* estas convenciones caen bajo la disposición que somete á la transcripción las *actas translativas de derechos reales inmobiliarios*, y que además los motivos que sirven de base al art. 1.º justifican la exigencia de esta formalidad. (1)

107. ¿Se preguntará por qué la resolución voluntaria debe ser registrada mientras que la resolución judicial no está sometida á la transcripción? La razón es muy sencilla. El acto que las partes califican de resolución voluntaria es, en realidad, una nueva convención translativa de propiedad, y con este título debe ser transcripta; mientras que la resolución judicial nulifica la convención que había transferido la propiedad, de modo que el acta translativa se considerará como no haber existido nunca. ¿Qué resultaría de esto?

1 Lelièvre, primer informe adicional (Parent, p. 185).

Es que el antiguo propietario, el vendedor, si se trata de una venta, ha sido siempre propietario, mientras que el comprador no lo fué nunca; no hay, pues, ninguna mutación de propiedad; desde luego no puede tratarse de transcribir la sentencia que pronuncia la resolución, y esta sentencia no substituye un título, y mucho menos una convención; si el vendedor es propietario es en virtud de su antiguo título. (1)

Sin embargo, la resolución interesa á los terceros. Había un poseedor que era propietario aparente; les importa saber si deja de serlo; por esto es por lo que la ley prescribe la publicidad la dedemanda de nulidad ó de revocación, así como de las decisiones pronunciadas acerca de estas demandas. Volveremos á este punto.

108. ¿Debe distinguirse si la convención resuelta estaba ó no registrada? La cuestión no tiene sentido si se atiende uno al principio establecido por la ley. Lo que hace la transcripción necesaria es que la convención bajo condición resolutoria es una acta translativa de propiedad; ¿qué importa, después de esto, que el contrato haya sido transcripto ó no?

No hay tampoco que distinguir, como lo hacen algunos autores, si la convención resuelta voluntariamente era revocable retroactivamente ó sin retroacción. Esta distinción tampoco tiene sentido. Si el contrato está resuelto no es por razón de la revocabilidad, es en vista de una nueva convención; es, pues, únicamente á esta convención á la que debe atenderse uno. ¿Es translativa de propiedad? Esto basta para decidir la cuestión de transcripción. (2)

109. Se admite generalmente una excepción á estos principios. Aunque la resolución fuera amigable, se dice, el acta

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 404, núm. 244. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 37, núm. 44.

2 Aubry y Rau, t. II, p. 294, notas 32 y 33, pfo. 209 y los autores en sentido diverso que citan.

no está sometida á transcripción cuando el que la consintió sólo lo hizo para evitar una resolución judicial que era inevitable. Así la resolución de una venta por falta de pago del precio no está sujeta á transcripción si el comprador se encontrara realmente en la imposibilidad de pagar, porque en este caso la resolución, voluntaria en apariencia, es en realidad forzada; de modo que la convención equivale á una sentencia, y la sentencia no está sometida á la transcripción porque no opera una retroacción; debe suceder lo mismo con un convenio que substituye la sentencia porque hay iguales motivos para decidir. (1)

Esto nos parece muy dudoso. Cuando la resolución se opera de plano tiene que ser pedida al juez; en este caso el juez es quien declara resuelto el contrato en virtud de la condición resolutoria tacita. Hay, pues, dos maneras de resolver un contrato: ya de plano, ya judicialmente. Para que el contrato esté resuelto de plano es necesario que la condición resolutoria esté escrita en el acta. Si no está en el acta el contrato sólo puede ser resuelto por sentencia del juez. Esto excluye la resolución hecha por acuerdo de las partes. Y la razón es muy sencilla. Cuando no hay resolución estipulada, el contrato el acta es irrevocable; puede, sin duda, ser revocado por el mutuo consentimiento de las partes (art. 1134), pero esta revocación sólo es posible para los hechos no cumplidos; no depende de las partes nulificar por su voluntad un hecho que se cumplió en virtud del contrato. Y tal es la translación de la propiedad. Se operó en virtud del contrato; el comprador, si se trata de una venta, se hizo propietario; no depende de las partes declarar que nunca lo ha sido y que el vendedor no dejó de serlo. La ley sólo concede este poder al juez; á éste toca ver si hay realmente inexecución de los compromisos por parte de uno de los contratantes y si, en consecuencia, hay lugar á pronun-

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. II, p. 302, nota 59.

ciar la resolución del contrato. Se objeta que hay igual razón para decidir. Nó; puede haber, en verdad, una verdadera causa de resolución, pero puede no haberla; ¿y quién decidirá si hay ó no una legítima causa de resolución? El juez debe intervenir para comprobar este hecho; la ley no da este poder á las partes y el intérprete no se los puede dar. La resolución judicial retrotrae contra los terceros, nulifica todos los derechos que les fueron concedidos. ¿Se dirá que sucede lo mismo con la resolución amigable? Esto no es admisible; las partes no pueden, por su voluntad, revocar las actas que han hecho legítimamente. En vano se dirá que la resolución sólo es voluntaria aparentemente, que en realidad es forzada; ya hemos contestado á la objeción; sólo el juez puede pronunciar una resolución forzada; las partes no tienen este derecho. Bajo el punto de vista de la transcripción esto nos parece seguro. Supongamos que el primer contrato haya sido registrado; el comprador es propietario para con todos; puede válidamente hacer actas de disposición. Y hé aquí que las partes convienen en resolver la venta; esta resolución, se dice, no tiene que registrarse y, no obstante, nulifica retroactivamente el contrato. ¿Cómo conciliar esta consecuencia con el principio de la transcripción? Hay acta pública en virtud de la cual el comprador es propietario; ¿y se quiere que sin sentencia, por la sola voluntad de las partes, se considere al comprador como no haber sido nunca propietario! Nuestra Ley Hipotecaria, así como la ley francesa, prescriben la publicidad, por vía de inscripción, de las sentencias que pronuncian la resolución de un contrato translativo de propiedad. ¿Y se quiere que, sin ninguna publicidad, un propietario reconocido como tal por una acta pública deje de ser propietario! Se ve que la pretendida analogía que se invoca falta enteramente. La resolución judicial está sometida á la publicidad por la ins-

cripción de la demanda, por la inscripción de la sentencia; mientras que la convención resolutoria permanece secreta. ¿Hay analogía en materia de transcripción entre una acta pública y una acta clandestina?

110. Hay resoluciones que se operan por vía de retiro. ¿Están sometidas á la transcripción? Tales son: el retiro sucesoral (art. 841), el retiro de indivisión (art. 1408), el retiro litigioso (art. 1699). No hablamos de la facultad del rescate, que no es un retiro sino una resolución que tiene lugar en virtud de una condición resolutoria estipulada por las partes; mientras que el retiro propiamente dicho se hace en virtud de la ley y, en caso necesario, apesar de las partes.

¿Cuál es el principio que rige el retiro en lo relativo al registro? Se enseña que las actas en que consta el ejercicio de una facultad legal de retiro no están sujetas a la transcripción por razón de que el retiro legal no opera una nueva translación de propiedad; se dice que es más bien una subrogación del que se retira á los derechos de aquel contra quien se ejerce este derecho de retiro. La razón sería decisiva si realmente el retiro sólo fuera una subrogación sin que hubiera una nueva translación de propiedad. ¿Sucede así en todos los casos de retiro? Nos parece imposible contestar á la cuestión de un modo absoluto. ¿Qué hay de común entre el retiro sucesoral y el de indivisión? Nada, excepto el nombre. No se puede, pues, sentar un principio general; es necesario, para cada caso de retiro, examinar si opera ó no translación de propiedad; la respuesta decide la cuestión de transcripción. Ya hemos contestado de antemano al exponer los principios que rigen los varios retiros; bastará recordar lo que ya ha sido dicho.

En el caso de retiro sucesoral es verdad que no hay nueva venta; no hay, pues, acta translativa de propiedad y, por consiguiente, el acta en que consta el retiro no tiene que registrarse (t. X, núm. 386). Lo mismo sucede con el

retiro litigioso: no opera nueva venta; y donde no hay acta translativa de propiedad no puede haber transcripción (tomo XXIV, núms. 604-606).

Queda el retiro de indivisión. Aquí la decisión es difícil y dudosa porque la naturaleza del retiro y sus efectos están controvertidos. En la opinión que hemos enseñado el retiro está sujeto á transcripción. En efecto, forma ya un rescate, lo que hace necesario el registro, ó ya una partición que, según la Ley Hipotecaria, debe ser registrada, puesto que las actas declarativas deben serlo tanto como las translativas. Transladamos á lo dicho en el título que es el sitio de la materia (t. XXI, núm. 348). Hay otra opinión según la cual hay simple subrogación; lo que conduce á la consecuencia de que el retiro no debe ser transcrito. (1)

110 bis. Se presenta aún otra dificultad en materia de retiro. Se supone que el acta de venta á la que el retrayente está subrogado no fué registrada; ¿debe en este caso hacer el registro el retrayente y qué debe registrar? En la teoría de la subrogación la respuesta es muy sencilla. (2) El retrayente ejerce todos los derechos de aquel á quien está subrogado, como si él mismo hubiera figurado en el contrato, pero no tiene mayores derechos; si, pues, el comprador ó el cesionario no registró el retrayente que toma su lugar no será propietario para con los terceros; para que pueda oponer su derecho á éstos tiene que registrar, y es el acta á la que está subrogado á la que debe registrar, pues es en virtud de dicha acta como es propietario. No tiene que registrar el acta de retiro porque esta acta no es translativa de propiedad. Hubiera sido útil, sin duda, prescribir la publicidad del retiro para avisar á los terceros que el retrayente toma el lugar de aquel que figura en el acta, pero no basta que la

1 Véanse en esta materia, y en sentido diverso, Aubry y Rau y los autores que citan (t. II, p. 302, notas 62 á 65, pfo. 209).

2 Flandin, *De la transcripción*, t. I, p. 158, núm. 242.

publicidad sea útil para que tenga que hacerse, es necesario que la ley la ordene. Y nuestra ley no somete a la publicidad por vía de transcripción más que la subrogación á un crédito privilegiado ó hipotecario (art. 5); no exige la publicidad de los retiros. Resulta una anomalía: la subrogación de un crédito, es decir, un derecho mobiliario, debe ser hecho público, y la subrogación á una venta inmobiliar no tiene que ser transcripta ni subscripta. Es por razón del interés que los terceros tienen en conocer la subrogación por lo que Troplong enseña que el retiro debe transcribirse; si no se registra los terceros sabrán que hay una venta, pero no conocerán al verdadero comprador; por consiguiente, la publicidad es incompleta. (1) Esto es verdad, pero sólo prueba una cosa: es que la ley hubiera debido prescribir la publicidad de la subrogación; no lo hizo; esto es un vacío que no toca al intérprete llenar.

*Núm. 9. De las cláusulas agregadas al contrato.*

111. Después de haber registrado el contrato las partes le agregan cláusulas que lo modifican; ¿se pregunta si estas convenciones nuevas deben transcribirse? El texto no prevee esta hipótesis y del silencio de la ley no se puede inducir que las cláusulas modificadoras no estén sometidas á la transcripción, porque es de principio que hay lugar á la transcripción sólo en los casos previstos por la ley. Para decidir si una acta debe ser registrada hay que ver si entra en los términos de la regla establecida por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Y la regla dice que las actas deben ser registrada *por entero*; por tanto, todas las cláusulas del acta sometida á la transcripción deben ser hechas públicas por vía del registro. Y las cláusulas modificadoras hacen parte del acta, puesto que le agregan ó quitan alguna cosa. Esto

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 406, núms. 247, 249 y 250.

es decisivo. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. ¿Por qué quiere la transcripción por entero? Para ilustrar completamente á los terceros que tienen interés en conocer el acta translativa de propiedad con el fin de impedir que se les engañe. Y si las cláusulas nuevas no fueran publicadas los terceros en lugar de quedar ilustrados estarían inducidos en error, la publicidad parcial sería engañosa; sólo alcanza su objeto siendo completo.

112. Así sucedería aunque las cláusulas nuevas no versaran en la mutación. Se enseña lo contrario, es verdad, y en teoría esto parece especioso. ¿Qué tienen interés en conocer los terceros? Las cláusulas modificadoras que tienen por efecto cambiar el carácter, el alcance, el objeto ó las condiciones esenciales de la translación; son estas cláusulas las que tienen que transcribirse. Las demás cláusulas no interesan á los terceros; se concluye de esto que es inútil transcribirlas. (1) Esto es olvidar el principio escrito en el art. 1.º de nuestra ley. El acta tiene que ser transcripta por entero, sin distinguir entre las cláusulas que se refieren á la mutación y las partes extrañas á ésta. Ya lo hemos hecho notar: el interés que los terceros pueden tener en conocer tal ó cual cláusula no puede ser determinado *a priori*, basta que por su naturaleza el acta interese á los terceros, es decir, que sea translativa de propiedad, para que la ley deba ordenar su publicidad; no puede decir de antemano: tal cláusula interesa á los terceros y tal otra no. El interés es una cuestión de hecho; es para garantizarlo por lo que la ley prescribe la más lata publicidad.

113. Hemos supuesto actas translativas de propiedad. Se entiende que lo mismo pasa con las declarativas. Si los coparticipes agregan cláusulas al acta de partición deberán registrarse si no podrán oponerlas á los terceros. Poco im-

1 Casier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 33, núm. 16. Cloes, *Comentario de la ley de 1851*, p. 29, núm. 44.

porta cuál sea el objeto de estas cláusulas. En derecho esto es incontestable. De hecho los terceros que rechazan una cláusula no registrada deben probar que tenían interés en conocerla, pues no hay acción ni excepción sin interés.

§ III.—DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO.

114. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria somete á la transcripción los arrendamientos que excedan de nueve años ó que contengan recibo al menos de tres años de renta. ¿Por qué deben ser transcriptos dichos contratos de arrendamiento? El arrendamiento no da derecho real al arrendatario, este sólo tiene un derecho de crédito contra el dador. El art. 1743 deroga este principio sin abolirlo. Hemos expuesto en el título *Del Arrendamiento* la controversia levantada acerca de este punto por una paradoja de Troplong; la jurisprudencia la desechó, y entre los autores sólo quedan los que gustan de la novedad, que tratan de sostener una tesis insostenible. Lo seguro es que el Código Civil hace una modificación grande al derecho antiguo. Del principio de que el arrendatario sólo tiene un derecho de crédito contra el dador se deducía en la jurisprudencia antigua la consecuencia lógica de que en caso de venta de la cosa arrendada el arrendatario podía ser expulsado por el adquirente. En este sistema los terceros compradores no tenían ningún interés en la publicidad de los arrendamientos; si el arrendamiento no les conviene expulsan al locatario ó al arrendatario. Pero, no obstante que el arrendatario puede oponer su contrato al adquirente con tal que tenga fecha cierta, los terceros están muy interesados en que los contratos de arrendamiento se hagan públicos.

Los que se proponen comprar tienen interés en saber si la casa ó la finca está ocupada ó debe serlo por un locatario y cuál será la duración de esta ocupación. Conforme al Có-

digo Civil deben respetar cualquier contrato, por largo que fue fuese, aun de 99 años, con tal que tenga fecha cierta. Y no tienen ningún medio para conocer la existencia de estos arrendamientos, puesto que la ley no prescribe ninguna publicidad. La clandestinidad de los arrendamientos tenía para los terceros efectos tan desastrosos como la clandestinidad de las actas translativas de propiedad. ¿Qué les importaba que esto sólo fuese un derecho de crédito? Debían respetar este arrendamiento como si resultara de un derecho real. Hay más. El arrendatario podría oponerles su contrato de arrendamiento en lo relativo á las obligaciones del dador; subrogados á su derecho los terceros estaban también subrogados á sus obligaciones; resultando que tenían cargos onerosos sin gozar de la cosa como hubieran querido gozar de ella. Por esto el arrendamiento clandestino alteraba considerablemente el valor de la cosa; lastimaban, pues, los derechos de los terceros adquirentes; esto era una razón decisiva para reemplazar la clandestinidad por la publicidad.

Los terceros acreedores hipotecarios están igualmente interesados en que se hagan públicos los contratos. Su garantía consiste en el escrito de preferencia que ejercen sobre el precio del bien afectado en seguridad del crédito. Para que esta garantía sea eficaz se necesita que al inmueble hipotecado, en caso de expropiación, se le dé su verdadero valor. Y si el inmueble está arrendado por mucho tiempo no se presentarán adquirentes, y los que pujen lo harán en condiciones ruinosas para los acreedores; éstos perderán una parte de su crédito, puesto que el precio no alcanzará el valor sobre que contaban. (1)

115. Estas razones son generales y lógicamente habrían

<sup>1</sup> Estas consideraciones han sido muy bien expuestas por Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 351, núm. 140. Se encuentran substanciadas en el informe de la comisión especial (Parent, p. 13) y en el informe del Senado (Parent, p. 398).