

sí ó por tercero el testimonio auténtico del acta de donde nace el privilegio ó la hipoteca, así como los *bordereaux* en los que el conservador hace la inscripción. Toca, pues, á la parte interesada requerir la publicidad. ¿Pasa lo mismo con la transcripción? Es bastante ocioso presentar la cuestión; unos terceros no interesados no pueden mucho cumplir una formalidad que los somete al pago de un derecho. Es, pues, ordinariamente el adquirente quien pedirá la transcripción. Sin embargo, un tercero puede hacerlo por él, sin que el conservador pueda negarle transcribir bajo pretexto de que el requirente no tiene calidad; desde que hay una acta que según la ley debe ser transcripta y que se presenta al registrador ésta debe operar la transcripción, pues no hay calidad legal para hacerlo, guardando silencio la ley á este respecto. Después de todo el requirente podría decir que obra como gerente de negocios; esta es una calidad legal para asegurar los derechos del dueño, puesto que la transcripción es una acta esencialmente útil al propietario. (1)

152. Los incapaces pueden requerir la transcripción. Es de principio que los incapaces pueden hacer actas conservatorias que les interesen; estas actas no pueden ser peligrosas. La Ley Hipotecaria lo dice de la mujer casada, permitiéndole pedir la inscripción de su hipoteca legal (artículo 64); y el Código Civil lo dice de la transcripción de las donaciones, á las que la mujer puede también proceder sin autorización del marido (art. 940). Se entiende que lo que la ley dice de la mujer se aplica á todos los incapaces. (2)

153. La facultad que la ley da á los incapaces de requerir la transcripción no les aprovecha mucho, puesto que ignoran amenudo lo que es la transcripción. ¿Quién lo ha-

1 Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 461, núm. 243.

2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 81, núm. 60. Moulón, *De la transcripción*, tomo I, p. 462, núm. 245.

rá por ellos? La cuestión es, sobre todo, importante para las donaciones hechas á incapaces; pero en principio la solución debe ser la misma para las actas á título oneroso. El Código ha decidido la dificultad; el art. 940, relativo á las donaciones entre vivos, dice: «Esta transcripción se hará, á promoción del marido, cuando los bienes hayan sido dados á su mujer. Cuando la donación se haga á menores, á interdictos ó á establecimientos públicos, la transcripción se hará á promoción de los tutores, curadores ó administradores.» Cuando se trata de una substitución fideicomisaria la ley encarga al tutor nombrado para la ejecución hacer públicas las disposiciones entre vivos ó testamentarios hechas con cargo de restitución (art. 1069). Puede, pues, sentarse en principio que los representantes de los incapaces están encargados del cuidado de requerir la transcripción. La razón es que los administradores legales tienen la misión de conservar los derechos de aquellos de quienes giran los bienes; y la transcripción es una medida esencialmente conservadora. «*Todo administrador*, dice Ricard, debe vigilar la conservación de las acciones de aquel á quien dirigen. Así es que el marido, siendo dueño de la comunidad y teniendo la administración de todo cuanto pertenece á su mujer, está obligado á cuidar sus negocios; debe vigilarlos, puesto que tiene su gerencia.» (1) Los arts. 940 y 1069 aplican este principio al tutor de los menores y al tutor especial de los llamados en casos de substitución, así como á los administradores de los establecimientos públicos. Es por error por lo que el art. 940 habla de los curadores, lo que, según el conjunto del texto, se referiría á los interdictos; así era en el antiguo derecho, en que los interdictos tenían curadores, y se ve por la Exposición de los Motivos que el Orador del Gobierno suponía

1 Ricard, *De las donaciones*, t. I, núm. 1240.

que lo mismo pasaba bajo el imperio del Código Civil. (1) En nuestro derecho moderno los interdictos tienen un tutor y los menores emancipados tienen un curador; pero éste, á diferencia del tutor, no administra; de modo que no tiene que transcribir á título de administrador. Con más razón pasa lo mismo con los consejos de los pródigos y débiles de espíritu: sólo prestan su asistencia en los casos determinados por la ley (arts. 499-513).

Por esto todo mandatario legal debe mandar transcribir las donaciones que se hicieren á aquellos cuyos intereses giran. ¿Puede extenderse esta obligación á las actas á título oneroso que deben ser transcriptas? La afirmativa no es dudosa, pues la obligación de conservar los derechos de los incapaces procede de la misión de que están investidos los administradores legales; se les debe imponer aun en el silencio de la ley. Los arts. 940 y 1069 pueden ser invocados á título de analogía. (2)

154. En la aplicación del principio se presentan algunas dificultades en lo que se refiere al marido. Interviene en las actas hechas por su mujer, autorizándola. ¿Si niega su autorización y que se la conceda el juez tendrá que transcribir? En nuestro concepto la afirmativa es segura; el marido debe transcribir, no porque autoriza sino porque es administrador, y no deja de serlo cuando niega la autorización. En vano se dirá que en este caso desaprueba el acto como nocivo á su mujer y á la familia; contestaremos que el juez, al autorizar á la mujer, decide por esto mismo que la negativa del marido no estaba fundada; hay, pues, derecho legítimo que conservar; por tanto, el marido debe transcribir. (3)

Hay regímenes bajo los que el marido no es administrador; no lo es cuando los esposos están separados de bienes,

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los motivos, título *De las donaciones*, núm. 43 (Loché, t. V, p. 327).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 81, núm. 59.

3 Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 469, núm. 251.

no lo es bajo el régimen dotal para los bienes parafernales. ¿Debe, no obstante, transcribir? Se ha sostenido la afirmativa para las donaciones, fundándose en los términos absolutos del art. 940; pero la distinción resulta, en este caso, del mismo principio en el que está fundada la obligación. Es, como lo dice Ricard, por razón de su calidad de administrador por lo que el marido debe transcribir; cesando el motivo cuando no administra la obligación debe también cesar. Si hubiera que atenerse á la letra del art. 940 habría que decir que esto es una disposición excepcional y, por tanto, abrogada, puesto que las donaciones están regidas por el derecho común en lo que se refiere á la transcripción; es seguro que no se podría aplicarlo á las actas á título oneroso y por esto mismo dejaría de ser aplicable á las donaciones (art. 152). La tradición está en este sentido: «La mujer separada, dice Ricard, debe conducir ella misma sus propios negocios, puesto que quiso tener su dirección.» (1)

155. La cuestión de saber quién es administrador y quién debe transcribir con este título es muy importante por razón de las consecuencias que de él resultan. Vamos desde luego á exponer los principios que el Código consagra en materia de donaciones, luego veremos si son aplicables á las actas á título oneroso.

Se supone que la donación hecha á un incapaz no ha sido transcripta y que, por consiguiente, los derechos de los incapaces perecen: ¿pueden prevalecerse de su incapacidad para sostener que la falta de transcripción no les puede ser opuesta? El Código decide la cuestión negativamente. Según el art. 942 los menores, los interdictos, las mujeres casadas, no serán restituidos contra la falta de transcripción de las donaciones, y el art. 1070 dice que la falta de transcripción de las substituciones fideicomisarias puede ser

1 Ricard, *De las donaciones*, t. II, núm. 1243. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 468, núm. 250.

opuesta por los acreedores, terceros adquirentes, aun á los menores é interdictos. (1) Esto se comprende: el interés de los terceros es un interés general que debe prevalecer al interés de los incapaces. ¿Debe concluirse de este principio que debe ser aplicado á las actas á título oneroso? Esta es nuestra opinión; hay, sin embargo, un motivo de duda: es que la ley no subordina siempre el interés de los incapaces al interés público; así la prescripción no corre contra los menores y los interdictos, mientras que sí corre contra las mujeres casadas. Se podría, pues, decir que los arts. 942 y 1070 son disposiciones excepcionales y, por lo tanto, de estricta interpretación. Pero la cuestión tiene todavía otra faz. ¿Se trata de saber en qué casos las actas hechas por los administradores legales son válidas sin que los incapaces puedan reclamar por causa de lesión? Y es de principio que los menores y, por consiguiente, los demás incapaces no son de restituirseles contra las actas de administración del tutor, á reserva de que promuevan la responsabilidad cuando están lesionados. Y transcribir es un acto de administración; es verdad que el tutor debe transcribir, pero esto no cambia la naturaleza del acta; puede encontrar la transcripción inútil, como lo hacen muchos adquirentes; esto es mal administrar, pero es precisamente en el caso de mala administración en el que nace la cuestión de saber si el menor puede ser restituido. Los arts. 942 y 1070 no son, pues, más que la aplicación de los principios generales de derecho, lo que es decisivo.

El art. 942 agrega: "Salvo su recurso contra sus tutores ó maridos *si es el caso* y sin que la restitución pueda tener lugar en el caso mismo en que dichos tutores y maridos se encontrasen insolventes." El art. 1070 contiene una dispo-

1 Fué sentenciado que la falta de la transcripción puede ser opuesta á los menores aunque no fué nombrado tutor en la substitución (Pasicrisia, 1824, p. 144).

sición idéntica en materia de substitución: "Salvo el recurso contra el adeudado y contra el tutor á la ejecución y sin que los menores ó interdictos puedan ser restituidos contra esta falta de transcripción, aunque el adeudado y el tutor estuviesen insolventes." Estos artículos son todavía la aplicación del derecho común. "El tutor, dice el art. 456, administrará los bienes del menor como buen padre de familia y responderá de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión." Es decir, que el menor no es de restituir contra la mala administración del tutor, salvo que éste promueva contra su tutor para obtener la reparación del daño que ha sufrido. Esta acción está garantizada por una hipoteca legal; si la garantía es insuficiente la pérdida recae en el incapaz.

El recurso en garantía pertenece á todos los incapaces; el art. 942 cita, además de los menores, á la mujer, pero agrega: *si es el caso*. Esta restricción es también de derecho común. La garantía, como toda responsabilidad, supone una falta. Si el mandatario legal no fuera culpable no estaría obligado. El caso se presentó para la mujer. Su marido le había hecho donación del usufructo de un inmueble; no hizo transcribir el acta; la mujer ejercerá su recurso. Se juzgó que pudiendo la mujer, en los términos del art. 940, requerir la transcripción sin autorización marital ella misma tenía culpa, puesto que no comprobaba que hubiera estado en la imposibilidad de hacer el acta conservatoria, (1) ¿No es demasiado absoluta dicha decisión? La ley obliga al marido á hacerla transcribir; tiene, pues, culpa y, por lo mismo, es responsable sólo por no requerir la transcripción; mientras que la mujer está solamente autorizada á transcribir; de que no use de esta facultad no se puede concluir que el marido no esté en falta.

1 Bruselas, 4 de Febrero 1852 (Pasicrisia, 1854, 2, 48). Compárese Martou, t. I, p. 286, núm. 284.

¿Se aplican estos principios á las actas á título oneroso? Lo que acabamos de decir contesta á la cuestión. La ley sólo aplica los principios generales; es, pues, general por su naturaleza. Se debería haber decidido la cuestión en este sentido, aun en el silencio de la ley; luego no hay ninguna distinción que hacer entre las donaciones y las actas á título oneroso.

156. Las partes cuyos derechos perecen por falta de transcripción se disculpan con el notario ó intentan contra él una acción en daños y perjuicios. Este recurso rara vez tiene éxito. Es cierto que los notarios, en virtud de sus funciones, no están encargados de transcribir; (1) lo que lo prueba hasta la evidencia es que la transcripción no es una obligación para las partes; ¿para qué sería una obligación para los notarios? Sin duda que éstos son los consejeros de las partes, sobre todo cuando se trata de una nueva ley que aun no ha entrado en nuestras costumbres; su deber es ilustrar á las partes contratantes, hacerles conocer los peligros á que se exponen si no llenan la formalidad que la ley prescribe para que el adquirente se haga propietario con respecto á los terceros. Pero una cosa es el deber moral del consejero y otra es la obligación legal de hacer lo que se aconseja y la responsabilidad á que está ligada. ¿Cómo se quiere que el notario sea responsable por no haber transcrito cuando las partes son libres de no transcribir? A ellas corresponde decidir si habría ó no transcripción; les corresponde, pues, á ellas proceder, y si quieren que lo haga el notario deben darle mandato á este respecto. (2)

La gran dificultad en esta materia es saber cuándo hay mandato. El mandato puede ser tácito; y se admite muy fácilmente un mandato tácito dado al notario cuando las

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 292, núm. 138. Compárese nuestro tomo XXVII, núm. 385 y el t. XIX, núm. 413.

2 Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1; 70).

partes, incapaces é ignorantes para resguardar sus intereses, se dirigen al oficial público para las medidas de prudencia y para las formalidades que deban asegurar sus derechos. Ya tratamos estos difíciles puntos en el título *Del Mandato* (t. XXXII, núms. 361-376). Los autores que especialmente se ocupan del régimen hipotecario están inclinados á imponer al notario la obligación positiva de ilustrar á las partes acerca de la necesidad de transcribir; lo que conduce á hacer al notario responsable si no ha cumplido con su deber. (1) Tal vez el legislador debiera haber hecho de este deber una obligación legal, pero no lo hizo. Se queda, pues, bajo el imperio de los principios generales relativos al mandato; en el silencio de la ley el notario no es responsable en esta calidad, sólo lo es como mandatario y toca á la parte que invoca el mandato probarlo.

SECCION IV.—Efecto de la transcripción.

§ I.—PRINCIPIO.

157. La Ley Hipotecaria (art. 1.º) dice que todas las actas entre vivos, á título oneroso, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, serán transcritas y que hasta entonces no se podrán oponer á los terceros. Sucede lo mismo con los contratos de arrendamiento que excedan de nueve años ó contengan pago por cuando menos de tres años de renta. La transcripción sólo está requerida en interés de los terceros, no se prescribe entre las partes contratantes como condición de la translación de la propiedad ó de la validez del arrendamiento. Se debe, pues, distinguir la translación de la propiedad entre las partes y la translación de la propiedad respecto á los terceros. La Ley Hipotecaria no se ocupa de la translación de la propiedad entre las

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. 1, p. 81, núm. 61.