

## § II.—DE LAS ACTAS TRANSLATIVAS DE PROPIEDAD.

Núm. 1. *¿Cuáles son los terceros que pueden prevalecerse de la falta de transcripción.*

165. La Ley Hipotecaria dice (art. 1.º) que hasta la transcripción las actas translativas de propiedad no podrán ser opuestas á los terceros que hubieran contratado en fraude. Las palabras *á los terceros que hubieren contratado* están tomadas de la ley de 11 Brumario, año VII, que agregaba: *con el deudor*. Esta fórmula es demasiado restrictiva. Diremos más adelante que la falta de publicidad puede ser opuesta á todos los terceros, aunque no hayan contratado *con el vendedor*. Nuestra ley ha quitado estas palabras, que no cuadraban con su sistema de publicidad, más amplio que el de la ley de Brumario. Las palabras *que han contratado* están también de más, en cierto sentido. Si se las tomara á la letra habría que decir que los terceros que tienen una hipoteca legal no quedan comprendidos entre los terceros que pueden prevalecerse de la falta de transcripción; tal no es seguramente el espíritu del legislador. (1) Basta que los terceros tengan derecho, cualesquiera que sean, y que estos derechos estén comprometidos por la no publicidad para que puedan oponer la falta de transcripción.

El Código Civil sentaba el principio en otros términos en lo relativo á las donaciones no registradas; según el artículo 941 la falta de transcripción podrá ser opuesta por *toda persona teniendo interés*. Hay todavía una tercera fórmula del mismo principio en materia de substitución; el art. 1070 dice que la falta de transcripción del acta conteniendo la disposición podrá ser opuesta por los *acreedores y terceros adquirentes*. ¿Qué debe entenderse en el art. 941 por *toda persona teniendo interés*? Esto estaba demasiado controver-

1 Compárese Aubry y Bau, t. II, p. 306, nota 77 y p. 307, nota 79 y los autores que citan.

tido; unos decían que podía interpretarse el Código Civil por la ordenanza de 1235; otros relacionaban el principio del Código con la ley de 11 Brumario, año VII; en fin, los había que apartaban la tradición diciendo que el Código debía interpretarse por sí mismo. El art. 1070 parecía precisar cuáles eran las personas teniendo interés, diciendo que los *acreedores y terceros adquirentes* podían oponer la falta de transcripción. Pero ¿cuáles eran esos *acreedores*? ¿Eran sólo los hipotecarios ó también los quirografarios? Este punto estaba igualmente controvertido, y la controversia se renovó bajo el imperio de la nueva ley. Esta habla de los *terceros* en general; ¿cuáles son estos terceros? El sentido de la palabra *terceros* debe ser determinado según el objeto de la disposición en que está empleada. Y en el art. 1.º de la Ley Hipotecaria es seguro que la palabra *terceros* está empleada por oposición á las partes contratantes. Este es, en efecto, el principio que la ley establece en cuanto á la translación de la propiedad inmobiliar. Entre las partes, vendedor y comprador, por ejemplo, la propiedad se transfiere por el solo efecto del contrato; para con los terceros la propiedad sólo queda transmitida el día en que se registra el acta. Los terceros son, pues, todos aquellos que no figuran en el acta y que, por consiguiente, no la conocen; es porque no la conocen por lo que no se les puede oponer el acta no registrada. Lo que confirma esta interpretación es que la ley no permite á los terceros prevalecerse de la falta de transcripción si han tenido conocimiento del acta no registrada. Luego son terceros todos aquellos que ignoran el acta; y en principio la ignoran por sólo que no firmaron en ella. Ya no se trata de saber cuál es el interés de aquel que opone la falta de transcripción; nuestra ley ya no habla de interés, como lo hacía el Código Civil; basta ser tercero y que se tenga un interés cualquiera, según el derecho común que exige un interés, para promover en justicia.

Queda por saber si el principio de la Ley Hipotecaria, tal como lo acabamos de interpretar, es aplicable en materia de donaciones y de substituciones fideicomisarias. En cuanto á las donaciones no hay duda, puesto que están comprendidas expresamente en la nueva ley. Lo mismo pasa con las substituciones que se hacen por donaciones entre vivos. Cuando la substitución se hace por testamento la Ley Hipotecaria deja de ser aplicable, pues sólo se refiere á los actos entre vivos; las disposiciones testamentarias están fuera de la nueva ley, luego se rigen por la ley antigua. Volveremos á las dificultades que presenta la aplicación del principio en lo que se refiere á las substituciones.

Si se admite el principio tal como lo acabamos de explicar la mayor parte de las controversias caen; sólo se trata de determinar cuáles personas son partes contratantes y cuáles no lo son; las últimas pueden oponer la falta de transcripción, las otras no lo pueden.

166. Que los adquirentes sean terceros esto no fué nunca contestado. Poco importa que sean legatarios del vendedor; se puede ser legatario en el sentido de que se saca su derecho del vendedor; y se es tercero en cuanto á estas actas por sólo que no se figuró en ellas ni se pudo conocerlas. De ahí esta consecuencia: que si un propietario vende la cosa á dos adquirentes es, de los dos, el que registró quien se convierte en propietario, aunque su adquisición fuera la última. (1) No pasa lo mismo bajo el imperio del Código Civil; es el primer adquirente quien es propietario, siempre que pueda probar su autenticidad por una acta teniendo fecha cierta. Ya hemos dicho que en el Consejo de Estado Tronchet se opuso con violencia al nuevo principio, que trataba de funesto y desastroso; lo es efectivamente en el caso para el adquiren-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 103, núm. 81. Denegada, 8 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 184) y 31 de Mayo de 1875 [Daloz, 1876, 1, 496]. Compárense las sentencias pronunciadas en materia de donaciones [Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núms. 1578 y 1579].

te, puesto que será vencido por el segundo; pero si sufre la evicción es porque descuidó cumplir las formalidades de la publicidad que lo hubieran hecho propietario para con los terceros. No se puede acusar la ley cuando no se cumple con ella.

167. Puede suceder que los títulos de los adquirentes sucesivos hayan sido presentados el mismo día al registro público. ¿Cuál de los dos será propietario en este caso? El artículo 123 decide la dificultad: «La preferencia se determina por el número de orden bajo el que fué hecha la entrega de los títulos en el registro destinado á este efecto; es decir, en el libro de depósito» (núms. 144 y 145). Esta es la aplicación lógica del principio de que la fecha de la transcripción determina la translación de la propiedad para con los terceros. El art. 123 agrega: «Sin perjuicio, no obstante, de lo prescrito en el art. 81.» Según esta disposición los acreedores hipotecarios inscriptos el mismo día ejercen en competencia una hipoteca de la misma fecha. Se ha dado como razón de la diferencia que la ley pone entre la transcripción de dos títulos y la inscripción de dos hipotecas hechas un mismo día, que varios acreedores pueden, en rigor, repartirse el precio procedente de la venta del inmueble hipotecado, pero que dos adquirentes no pueden ser propietarios cada uno del inmueble, á menos de ser copropietarios; y cada uno entendió ser propietario exclusivo; la ley tuvo, pues, que pronunciarse en favor de uno de ellos, y es naturalmente aquel que primero se presentó al registro. Volveremos á la cuestión.

168. ¿Pueden los donatarios prevalecerse de la falta de transcripción de una acta anterior, ya sea á título gratuito ó á título oneroso? Esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil y la controversia no cesó después de la nueva ley. En nuestro concepto los principios tienen una certeza que debe poner fin á toda duda. Desde

luego hay que abandonar el art. 941 y aun el 1072, puesto que la Ley Hipotecaria abrogó el Código Civil en lo relativo á la transcripción de las actas entre vivos á título gratuito translativas de inmuebles (núms. 44 y 45). La cuestión debe, pues, ser decidida por el art. 1.º de la ley de 1851. Y la ley pone en la misma línea las actas á título gratuito y las actas á título oneroso; unas y otras deben ser transcritas para poder ser opuestas á los terceros. Entre estos terceros figuran en primera línea los adquirentes, sin distinguir entre los compradores y los donatarios. Esto decide la cuestión. Decir que los compradores pueden oponer la falta de transcripción mientras que los donatarios no lo pueden es hacer una distinción que la ley ignora. ¿Y quién autoriza á los intérpretes para hacerla? ¿En virtud de qué principio los donatarios, que son incontestablemente terceros, habían de ser excluidos del beneficio que el art. 1.º concede á todos los terceros? La distinción conduciría á una excepción, é introducir una excepción en la ley es modificarla; el legislador sólo tiene este derecho.

Aplicamos estos principios á los casos en que un adquirente á título oneroso no hubiera transcrito; el donatario que transcribió será propietario para con los terceros. Los principios son idénticos; la ley no distingue, no hace ninguna excepción; lo que es decisivo. No se puede invocar en favor del comprador más que la equidad; su causa es seguramente más favorable, puesto que trata de evitar una pérdida, mientras que el donatario quiere hacer una ganancia á expensas suyas. La contestación es sencilla y perentoria; si el comprador pierde no es porque hay un donatario, es porque descuidó transcribir; pierde, pues, por culpa suya; ¿y con qué derecho descarga la responsabilidad de su culpa en el donatario? (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 95, núm. 74. En sentido contrario Casier y Oles.

Se opone también otra objeción al donatario. Aquel que después de haber vendido un inmueble hace una donación de él comete un fraude en perjuicio del adquirente; éste puede, pues, atacar la donación como hecha en fraude de sus derechos; ¿de qué serviría al donatario reclamar un bien dado en virtud de la donación, puesto que tendría que devolverlo en virtud de la acción pauliana? Este es el caso de decir con Troplong que el que debe garantía no puede vencer. Dejemos á un lado este adagio que nada tiene de común con nuestro caso. ¿Cómo se quiere que el donatario esté obligado á la garantía cuando no es vendedor ni representante de éste? ¿Es verdad que el primero tendría la acción pauliana? El vendedor permaneció propietario para con los terceros; tiene, pues, el derecho de enajenar; ¿puede considerarse como acta fraudulenta la donación que el vendedor tiene el derecho de hacer? Se dirá que para con el comprador cesó de ser propietario; sin duda, ¿pero cuál es la consecuencia de esto? Es que si dispone de la cosa, con cualquier título, tendrá que garantizar al comprador contra la evicción; es decir, que le deberá daños y perjuicios; pero el comprador no puede atacar la donación, puesto que ésta se hizo legalmente; no tiene ningún vicio, puesto que el vendedor tenía el derecho de enajenar una cosa de la que permanecía propietario para con los terceros. (1)

169. El art. 1072 ministra á los partidarios de la opinión contraria un argumento decisivo; dice así: «Los donatarios, legatarios, ni los herederos legítimos de aquel que había hecho la disposición, ni sus donatarios, legatarios ó herederos podrán, en ningún caso, oponer á los llamados la falta de transcripción ó inscripción.» Si en materia de substitución, se decía, los donatarios no son terceros no lo son en mate-

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 312, núms. 154 á 156. En sentido contrario Rivière y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción*, p. 122, núms. 177 á 179. Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 52, núm. 437. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 42, núms. 868 y 869.

ria de donación. El argumento no era tan perentorio como se cree; la disposición del art. 1072 tiene todos los caracteres de una excepción al derecho común; confirma, pues, la regla del art. 941, y según este artículo era difícil no reconocer á los donatarios la calidad de terceros. De cualquiera manera el art. 941 está hoy fuera de causa; se trata de saber si el art. 1072 está aún en vigor ó si fué derogado por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. En lo relativo á las substituciones hechas por donaciones caen bajo la aplicación de la Ley Hipotecaria que abraza *todas las actas entre vivos á título gratuito*. En presencia de este texto absoluto no se concebiría que los donatarios fuesen terceros para tal acta y no lo fueran para tal otra. *Todo* tercero, es decir, todos los que no han sido partes en el acta no transcripta pueden oponerse á la falta de transcripción; la ley belga, más general que el Código Civil, debe aprovechar á los donatarios, cualquiera que sea el acta no transcripta que se les quiera oponer.

Si la substitución se hizo por testamento sólo tiene efecto á la muerte del testador. Se supone que éste, después de haber dispuesto con cargo de restitución, hace donación entre vivos de un bien comprendido en la substitución: ¿há lugar, en este caso, á aplicar el art. 1072? La cuestión no tiene sentido. El donatario que invoca la falta de transcripción la debe él mismo haber transcripto, y si ha transcripto la donación los bienes dados han salido del patrimonio del donante con respecto á todos; no puede ya disponer de ellos porque sería dar la cosa ajena. La donación, en este caso, revoca la substitución para los bienes dados; los llamados están, pues, sin derecho; no pueden recoger bienes que no se les ha legado. El art. 1072 no es, pues, aplicable á las substituciones hechas por testamento.

170. Los acreedores hipotecarios son también terceros. Esto era admitido bajo el imperio del Código Civil para las

donaciones no transcriptas; los donatarios no podían oponer su derecho á los acreedores hipotecarios que habían tomado inscripción en un momento en que la donación no estaba transcripta aunque la hipoteca se hubiese constituido después de la donación. Al prescribir la publicidad de las donaciones inmobiliarias el Código Civil tuvo principalmente por objeto resguardar los intereses de los acreedores hipotecarios; hé aquí por qué no sometía á la transcripción más que las donaciones de los bienes susceptibles de hipoteca (art. 939) no estando los acreedores hipotecarios interesados en la publicidad de las demás donaciones. La jurisprudencia estaba unánime en este sentido. (1) Conforme á nuestra Ley Hipotecaria el derecho de los acreedores es del todo evidente; la ley es más general que el Código Civil, quiere garantizar todos los intereses, entre los cuales el de más consideración y el más usual es el de los acreedores hipotecarios; pueden, pues, oponer la falta de transcripción de toda acta translativa de propiedad á título oneroso ó gratuito.

La publicidad aprovecha á los adquirentes como la falta de publicidad los perjudica. Si transcriben su contrato los acreedores hipotecarios no pueden tomar inscripción posteriormente á la transcripción; el art. 112 de la Ley Hipotecaria lo dice terminantemente: "Toda inscripción tomada en los precedentes propietarios posteriormente á la transcripción es inoperante." Esto es una consecuencia del principio de la publicidad; aprovecha á los que hacen sus derechos públicos, perjudica á los que no cumplen con las formalidades prescriptas por la ley. Por aplicación de este principio los terceros adquirentes que transcriben su contrato deben tener el derecho de oponer la falta de inscripción.

(1) Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1562.

ción á los acreedores hipotecarios que no hubieren hecho públicas sus hipotecas cuando la transcripción. Esta es la gran ventaja que ofrece la publicidad á los que quieren adquirir inmuebles; los derechos no hechos públicos cuando la transmisión del acta de adquisición no pueden oponerse á los terceros adquirentes; en vano los acreedores tomarán inscripción; ésta sería inoperante, dice el art. 112.

171. Síguese de esto que el art. 834 del Código de Procedimientos queda abrogado. Según esta disposición los acreedores hipotecarios y privilegiados que no habían tomado inscripción antes de la enajenación del inmueble gravado con la hipoteca ó el privilegio podían tomarla en los quince días de la transcripción que el adquirente operaba como preliminar de la purga. Esta disposición era necesaria bajo el imperio del Código Civil, que no prescribía la transcripción como condición de la transmisión de la propiedad para con los terceros; la transcripción no era requerida sino cuando el adquirente quería purgar; mientras no anunciaba la intención de purgar los acreedores hipotecarios podían inscribir su hipoteca cuando querían; la propiedad de los derechos estaba determinada en el sistema del Código por la fecha de las actas. Pero cuando el tercer adquirente purgaba los acreedores tenían gran interés en inscribirse, puesto que no podían ejercer el derecho de subasta más que si estaban inscriptos; había, pues, que dejarles cierto plazo después de que el adquirente había declarado, al transcribir su contrato, que tenía intención de purgar. Y hasta este plazo era de poca utilidad para los acreedores, puesto que la transcripción sólo era conocida de aquellos que se tomaban el trabajo de consultar los libros del conservador.

En el sistema de la nueva ley todo derecho no publicado no existe para con aquellos que adquirieron la propiedad del inmueble en un momento en que no había transcripción;

el art. 112 de la Ley Hipotecaria abroga, pues, el art. 834 del Código de Procedimientos.

172. El derecho de los acreedores hipotecarios da lugar á una cuestión muy controvertida. Se supone que un acreedor embarga el inmueble que le fué hipotecado; y se sucede que este inmueble había sido enajenado antes del embargo sin que el acta hubiera sido transcripta. ¿Puede el adquirente oponer su derecho al acreedor embargante? En nuestro concepto no lo puede. Es verdad que el deudor que concedió una hipoteca en el inmueble permanece propietario; puede, pues, enajenar el inmueble, pero esta enajenación no puede oponerse á los terceros mientras tanto no haya sido transcripta. Esto quiere decir, como lo hemos explicado (núm. 159), que la enajenación no transcripta está considerada para con los terceros como no existente; luego el inmueble para con ellos se encuentra todavía en el patrimonio del deudor; por tanto, los acreedores hipotecarios que son terceros (núm. 170) pueden embargar el inmueble como si no se hubiera vendido; el comprador no puede oponerles su título para que declaren nulo el embargo, porque por no haber transcrito su contrato no es propietario para con los terceros.

Se objeta que los acreedores, cualesquiera que sean, hipotecarios tanto como quirografarios, no pueden embargar más que los bienes que están en el dominio de su deudor; el acreedor hipotecario tiene un derecho más; puede, si el deudor enajena el inmueble hipotecado, ejercer un derecho de persecución y perseguir hipotecariamente al tercer tenedor, pero no puede embargar el inmueble contra el deudor, puesto que el bien no está ya en el patrimonio de éste; desde la venta el inmueble dejó de ser su prenda, á reserva del ejercicio del derecho de persecución. Sin duda el deudor que tiene hipotecada una heredad permanece propietario de ella, tiene el derecho de enajenarla, y al hacerlo deja de estar so-

metido á la acción hipotecaria, pero con una condición: es que el acta de venta esté registrada. Hasta entonces la venta no existe para con los terceros, luego no existe para con el acreedor hipotecario; la consecuencia es que el inmueble está todavía en el patrimonio del deudor; es, pues, todavía prenda del acreedor; de donde se sigue que puede ser embargado contra el deudor.

La objeción á la que vamos á contestar no toma en cuenta la innovación que el principio de publicidad ha traído al Código Civil; todo lo que se opone al acreedor hipotecario esa verdad bajo el imperio del Código que permitía al adquirente oponer su derecho á los terceros sin ninguna publicidad; el Código permitía por esto mismo al vendedor sacar de su patrimonio el bien hipotecado sin hacer pública la venta; por tanto, no le quedaba al acreedor hipotecario más que el derecho de perseguir el inmueble en manos del tercer adquirente ejerciendo su acción hipotecaria contra éste. Pero todo esto ha cambiado. La clandestinidad de la venta comprometía los intereses de los terceros. ¡Cosa singular! los partidarios de la opinión que combatimos lo confiesan: reconocen que los gastos del embargo serán á cargo del acreedor que lo operó. Esto es confesar que la clandestinidad causa un perjuicio á este acreedor. Bajo el imperio del Código Civil esto era lógico, puesto que la ley no cuidaba en nada el interés de los terceros. Pero esta lógica era funesta á los terceros; por esto el legislador reemplaza la clandestinidad por la publicidad. El cambio es radical. Resulta que los terceros no pueden ya ser perjudicados, y para que no lo puedan ser la ley no quiere que se les opongá actas no transcriptas. Cuando la venta hecha por el deudor no está registrada el acreedor hipotecario debe creer que el inmueble está todavía en el patrimonio de su deudor; para con él el inmueble no está enajenado; puede, pues embargarlo contra el deudor. Si después el adquirente transcribe los gas-

tos del embargo no tienen que ser á cargo del acreedor, quien sólo usa de su derecho; el embargo queda válido, el derecho del acreedor hipotecario prevalece sobre el del adquirente porque el primero era público mientras que el segundo había permanecido oculto. (1)

No entraremos en la discusión de los diversos sistemas ni de la jurisprudencia porque la cuestión y las dificultades que suscitan proceden en parte de los principios que rigen al embargo, materia que está fuera de los límites de nuestro trabajo. Sólo hay una cuestión que nos interesa todavía: es la de saber si los acreedores quirografarios pueden embargar los muebles de su deudor mientras que la enajenación que hizo de ellos no fué publicada por la transcripción. Vamos á volver á este punto al tratar de los acreedores quirografarios.

173. ¿Los acreedores quirografarios son terceros en e sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria? Esta cuestión está controvertida; lo era ya bajo el imperio del Código Civil para las donaciones inmobiliarias así como para las substituciones. Es inútil renovar el debate al que el art. 941 ha dado lugar, puesto que esta disposición fué reemplazada por la nueva ley. Importa, sin embargo, hacer constar que la opinión generalmente seguida se pronunciaba en favor de los acreedores y se apoyaba en el art. 941, que dice así: «La falta de transcripción podrá ser opuesta por *toda persona teniendo interés*» que parecía comprender á los acreedores quirografarios. (2) En cuanto á las substituciones el art. 1070 está concebido, poco más ó menos, en los mismos términos

1 Bertauld, en el *Repertorio periódico* de Dalloz, 1858, 2, 162 y nota. En sentido contrario, Mourlón, *Disertaciones (Revista práctica)*, t. I, ps. 472 y siguientes; íd., *De la transcripción*, t. II, p. 82, núms. 55 y siguientes; compárense en sentido diverso los autores y las sentencias que cita. Agréguese Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 73, núms. 850 á 853. Aubry y Rau, t. II, p. 313, número 96.

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Donaciones*, núm. 1367, 1.º á 4.º