

venta, y aquel que debe garantizar no puede vencer á aquel á quien la debe. Así sería aunque hubiera varios herederos; se puede objetar que Pablo no es heredero más que por su parte, no está obligado á la garantía más que por su parte hereditaria; contestamos, y la contestación es perentoria, que la ejecución de la garantía que le opondría Pedro, primer comprador, es indivisible, como lo hemos dicho en el título *De la Venta*.

Sólo hay duda en el caso siguiente. Pablo, heredero presunto y comprador, acepta bajo beneficio de inventario; ¿puede en este caso hacer valer su derecho contra Pedro? Lo creemos por razón de que el heredero puede hacer valer sus derechos personales; á este respecto es tercero. Transladamos en cuanto al principio al título *De las Sucesiones*. Se objeta que esta decisión está en contradicción con lo que acabamos de decir (núm. 186); á saber: que el heredero, aun beneficiario, no puede sostener que los inmuebles de que dispuso el difunto por actas no inscriptas están aún en su patrimonio; mientras que ahora pretendemos que puede oponer la falta de transacción á un adquirente que no ha transcripto. La contradicción sólo es aparente, pues ambas hipótesis difieren; en la primera el heredero beneficiario no tiene otra calidad que la de heredero, y con este título puede prevalecerse de la falta de transcripción; en la segunda hipótesis se prevalece, no de su calidad de heredero sino de su calidad de comprador; y uno de los efectos del beneficio de inventario es que el heredero beneficiario conserva los derechos propios que le pertenecen en virtud de actas pasadas con el difunto. (1)

188. ¿Qué debe decidirse de los legatarios á título particular? ¿Son terceros en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria? Se enseña la negativa. La cuestión parece

1 Aubry y Rau, t. II, p. 310, nota 88, pfo. 209 y los autores en sentido diverso que citan.

zanjada por el mismo texto de la ley belga; las actas no registradas, dice el art. 1.º, no pueden ser opuestas á los terceros que *contratan* sin fraude; estos términos excluyen, se dice, al legatario que no contrata. (i) ¿No es esto ape- garse demasiado al texto de la ley? Hemos dicho más atrás que la ley tiene un sentido más general que sienta el principio de que el acta no transcripta no existe para con los terceros (núm. 159), y acabamos de aplicar este prin- cipio al vendedor (núm. 185). En nuestro concepto el le- gatario puede también invocarlo. Se supone que después de haber vendido un inmueble el testador lo lega. El le- gatario no es el representante del difunto, no figuró en el contrato; luego es un tercero; como tal tiene interés en o- poner la falta de transcripción. Para con él el testador era aún propietario; luego pudo disponer de la cosa; si la hu- biera dado el donatario hubiera podido prevalecerse de la falta de transcripción. ¿Por qué el legatario no había de prevalecer? ¿Acaso porque no *contrató*? ¿Pero en qué sen- tido contrata el donatario? No se obliga, consiente en re- cibir; en este sentido el legatario contrata igualmente, pues consiente también. Por esto Pothier calificaba la aceptación de cuasicontrato. Hay un argumento más de- cisivo en el mismo texto de nuestra ley. El art. 5 dice que la cesión de un crédito hipotecario no puede ser opuesta á los *terceros* si no fué hecha pública por vía de la trans- cripción; la ley no habla ya de *contratar*; basta ser terce- ro para poder rechazar una cesión no transcripta: luego el legatario podría prevalecerse de la falta de inscripción de la cesión de un crédito que le ha sido legado; si es ter- cero para las *cesiones* lo es también para las *actas transla- tivas de derechos reales inmobiliarios*, pues el art. 5 sólo apli-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 98, núm. 75. Casier, *Estudios sobre la Ley Hipotecaria*, p. 45, núm. 29. Los autores franceses se pronuncian también contra el legatario por un motivo tomado en el texto de la ley de 1855 (Aubry y Rau, t. II, p. 311, nota 90, pfo. 209).

ca el principio del art. 1.º; no se concebiría que hubiera dos principios diferentes para actas idénticas.

189. ¿Los que están encargados de hacer la inscripción pueden oponer la falta de transcripción? El Código Civil prevee la dificultad para las donaciones. Según el art. 941 las personas que están encargadas de mandar transcribir no pueden prevalecerse de la falta de transcripción. La Ley Hipotecaria no reprodujo esta disposición; ¿debe concluirse que está abrogada? Lejos de estarlo está implícitamente mantenida por la nueva ley. En efecto, según el artículo 1.º sólo las partes que han contratado *sin fraude* pueden oponer la falta de transcripción; lo que excluye á los terceros que, al contratar, tenían conocimiento del acta no transcripta; y los que están encargados de transcribir tienen necesariamente conocimiento del acta que deben hacer pública; ¿pues cuáles son las personas que la ley encarga transcribir? Son los administradores legales de los incapaces ó de establecimientos públicos; y ellos son los que figuran en el acta; su deber es completar estas actas por la transcripción; si en lugar de asegurar los derechos de los incapaces contratan en perjuicio de éstos se puede decir, á la letra, que son culpables de fraude, pues despojan á aquellos que tienen misión de proteger. La ley no pudo permitirles prevalecerse de la violación de su deber para aventajarse en perjuicio de los incapaces. Así los mandatarios legales están excluidos en virtud de los principios generales, haciendo abstracción del art. 941. Por aplicación de los mismos principios hay que excluir á los mandatarios convencionales; hay iguales motivos de decidirlo. (1)

190. El art. 941 agrega que los *legatarios* de las personas encargadas de transcribir no pueden tampoco prevalecerse de la falta de transcripción; ¿qué debe entenderse aquí por

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 98, núms. 76 y 77. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 59, núm. 440.

legatarios? La cuestión estaba controvertida bajo el imperio del Código Civil, ya no puede serlo bajo la nueva ley; y es la nueva ley la que debe recibir su aplicación en tanto que el art. 941 derogase el derecho común (art. 165). No hay duda en cuanto á los legatarios á título universal; sucesores del difunto tienen sus obligaciones y deben ejecutarlas; si el difunto no podía prevalecerse de la violación de su deber tampoco ellos lo pueden. No sucede lo mismo con los legatarios á título particular. Estos son terceros en el sentido del art. 1.º de la Ley Hipotecaria; luego pueden, como cualquier tercero, oponer la falta de transcripción. Si, pues, se admitiera que bajo el nombre de *legatarios* el art. 941 comprende á los legatarios á título particular habrá que decir que queda abrogado por el art. 1.º de la nueva ley, pues estaría en contradicción con la regla que esta disposición consagra. (1)

191. Para que los terceros puedan oponer la falta de transcripción es necesario, según el art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que hayan contratado *sin fraude*; ¿qué debe entenderse aquí por fraude? No es el fraude que da lugar á la acción pauliana; es decir, el fraude concertado entre los terceros y el autor de la primera convención para frustrar á aquel que adquirió un derecho en virtud del acta que descuidó de mandar transcribir; era inútil reservar la acción pauliana, puesto que es de derecho. Los trabajos preparatorios prueban, además, que tal no era la intención de los autores de la ley belga. Se supone que el segundo adquirente, al tratar con el vendedor que ya había enajenado, conocía la existencia de la venta. Esto basta, dice el relator de la comisión de la Cámara de Diputados, para que sea de mala fe y para que se le rechace por la excepción de dolo; mien-

1 Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, p. 62, núm. 442. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 20, núm. 847.

tras que el solo hecho del conocimiento de la primera venta no bastaría para que hubiera lugar á la acción pauliana. M. Lelièvre, en apoyo de este principio, invoca lo que dice el art. 1141 en dos casos de ventas sucesivas del mismo objeto mueble; la ley da la preferencia al comprador que es de buena fe. (1) La analogía no es tan decisiva como puede creerse, en el título *De las Obligaciones* hemos dicho que el artículo 1141 sólo es una aplicación del art. 2279 ó una consecuencia de la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; y esta máxima no está admitida en materia de venta inmobiliar entre dos compradores; no es la posesión la que decide, son los títulos; y desde que un título está transcrito prevalece sobre el que no lo está. La Ley Hipotecaria deroga, pues, el rigor de los principios. No es, sin embargo, una excepción, según los términos de la misma ley; es una condición requerida para que los terceros puedan oponer la falta de transcripción, y la condición se explica por el objeto que se propuso el legislador al prescribir la publicidad; quiso advertir á los terceros la existencia de las actas cuya ignorancia pudiera causarles perjuicio; y si el segundo comprador sabe que el inmueble que adquiere ha sido vendido ya por una acta no transcrita no podrá seguramente alegar que ignoraba esta acta y que estaría engañado y perjudicado si se le llegara á oponer dicha acta. La situación es enteramente distinta. El segundo comprador trata con perfecto conocimiento de causa; no puede decir que legalmente está como ignorando el acta, puesto que no fué transcrita. Esto sería invocar la ley contra el espíritu de la misma. El legislador tiene por objeto proteger la buena fe de los terceros; y, en el caso, es un tercero de mala fe el que quiere tratar en perjuicio del primer adquirente quitándole el beneficio de su adquisición; el interés de los terceros no está ya en causa; luego el segundo adquirente no puede invocar

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 115).

este interés contra el primero; es decir, que no puede oponer la falta de transcripción.

Sin embargo, las consecuencias que resultan del principio admitido por la ley pueden ser perjudiciales á los terceros. El segundo comprador es de mala fe, vuelve á vender la cosa á un comprador de buena fe. ¿Puede éste oponer su acta al primer adquirente que no transcribió? Nó, pues no tiene más derecho que su autor, y éste, por razón de su mala fe, no se había vuelto propietario; luego no pudo transferir la propiedad al tercer adquirente. Este, aunque sea tercero, de buena fe, está, pues, perjudicado por el sistema de la ley. (1) Se han prevalecido de esto para criticar la ley. A decir verdad el último adquirente no está en pérdida por razón del principio consagrado por el art. 1.º. Sufre las consecuencias del derecho común, según el cual aquel que tiene un título vicioso no puede transmitir más que un título igualmente vicioso (núm. 163).

192. El Código Civil establecía un principio diferente. En materia de substitución había una disposición terminante; según el art. 1071 «la falta de transcripción no podrá ser suplida ni considerada como cubierta por el reconocimiento que los acreedores ó los terceros adquirentes pudieran haber tenido de la disposición por otras vías que la de la transcripción.» La jurisprudencia aplicaba este principio á las donaciones. Hay, pues, á este respecto oposición entre la ley antigua y la nueva ley. ¿Qué debe concluirse de esto? Para lo que toca á las donaciones la decisión no es dudosa, puesto que la Ley Hipotecaria reemplaza al Código Napoleón en lo que se refiere á la transcripción de las donaciones entre vivos. Caen bajo la aplicación del art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que habla de las donaciones en general. No se puede decir que la ley reemplace al Código Napoleón, porque la Ley Hipotecaria no somete las disposiciones tes-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 84, núms. 67 á 69.

tamentarias á la publicidad; el Código queda, pues, en vigor como excepción á la regla establecida por la ley general de las hipotecas. Así el art. 1071 se aplicará á las substituciones hechas por testamento y no se aplicará á las substituciones hechas por donación. Esto es legal, pero no por esto deja de ser absurdo, pues esto conduce á admitir dos principios contrarios para un solo y mismo hecho: las substituciones. (1) El legislador belga, comprendiendo las donaciones en el sistema de publicidad que organizaba, hubiera debido revisar las disposiciones del Código Civil relativas á las substituciones para ponerlas en armonía en la nueva ley.

193. Un comprador no transcribe el acta de venta. Reivindica el inmueble contra un tercero que posee sin título. ¿El usurpador puede oponer la falta de transcripción? Nó, por opinión de todos. ¿Pero cuál es el verdadero motivo de decidirlo? Troplong contesta que el usurpador no está protegido por ninguna ley. (2) Esto no es exacto, pues tiene los derechos legados á la posesión. Si no puede prevalecerse de la falta de transcripción la razón es que ésta se halla fuera de causa; en el caso está establecida en interés de los terceros y en interés general; y el interés general no manda seguramente que el usurpador prevalezca al propietario, y cuando el debate se presenta entre aquel que tiene un título y el que no lo tiene se entiende que aquel que tiene un derecho debe prevalecer sobre el que no tiene.

Síguese de esto que la decisión debería ser la misma si el tercero era poseedor de mala fe; es decir, si poseyera en virtud de un título del que conociera los vicios. ¿Puede el verdadero propietario reivindicar su cosa contra el poseedor de

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 92, núms. 70 á 72. Compárese en sentido contrario, Casier, *Estudios*, p. 47, núm. 31. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 56, número 111.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 311, núm. 152. Compárese Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 89, núm. 913.

mala fe aunque no haya transcripto su título? Si el demandado no ha transcripto el suyo la cuestión es la misma que la que acabamos de decidir; no se trata de transcripción; el debate existe entre el que tiene un derecho y el que no lo tiene. Si el demandado ha transcripto su título hay algún motivo para dudar; entre dos partes, de la que una haya transcripto y la otra no ¿no debe prevalecer la que hizo transcribir su título? Sí, si son de igual naturaleza. Pero si el título del uno emana del verdadero propietario mientras que el título del otro emana de un autor que no era propietario el primero debe prevalecer al segundo. En vano diría éste que transcribió; la transcripción no impide que su título esté viciado; el debate, una vez más, recae, no en la transcripción sino en la propiedad. (1) Sucede lo mismo en todos los casos en que los títulos están en causa.

194. Puede suceder que ninguna de las dos partes lo haya transcripto. Si el título de una de ellas está viciado se aplica lo que acabamos de decir: que esta es una cuestión de propiedad. Si el título de ambas partes es el mismo, habiendo cada una adquirido la cosa del mismo autor, ¿podrá el demandado oponer al demandante la falta de transcripción? No, ésta se halla fuera de causa, puesto que el demandado no puede invocar una ley que él mismo no ha observado. Las partes están regidas por los principios del Código Civil, siendo inaplicable la nueva ley. Se debe, pues, decidir que aquel cuyo título sea *más* antiguo prevalecerá. (2)

§ III.—DE LAS ACTAS DECLARATIVAS DE PROPIEDAD.

195. La partición debe ser transcripta para advertir á los terceros que ha cesado la indivisión y que el derecho in-

1 Aubry y Rau, t. II, p. 319, nota 104, pfo. 209.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 311, núm. 151. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 420, núm. 1273. Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. II, página 154, núm. 516.

diviso de los herederos en todos los objetos de la sucesión cedió su lugar á un derecho dividido que recae sobre los objetos puestos en su lote. ¿Quiénes son terceros? La ley coloca la partición absolutamente en la misma línea que los actos translativos de propiedad; el principio de que una acta sometida á la transcripción no existe con relación á los terceros si no se ha transcripto es, pues, aplicable á los actos declarativos. De lo que se sigue que se debe entender por *terceros* á todos los que no han figurado en la partición. Si un tercero acreedor interviniera en la partición no podría oponer la falta de transcripción, puesto que no es un tercero, puesto que ha llegado á ser parte del acta por su intervención. Pero todos los que no habiendo figurado en el acta de partición tienen interés en rechazar esta acta pueden hacerlo si el acta no ha sido transcripta. Lo que quiere decir que á su respecto la partición no existirá; por consiguiente, la sucesión aun será indivisa y los derechos de todas las partes estarán regidos por los principios de la indivisión.

196. ¿Cuáles son los derechos de los herederos durante la indivisión? Pueden disponer de los bienes de la sucesión, venderlos é hipotecarlos; las actas que hagan serán válidas si el bien enajenado ó hipotecado cae en su lote. De aquí el derecho que los adquirentes ó los acreedores hipotecarios tienen para intervenir en la partición para vigilar la conservación de sus intereses. La transcripción les da una nueva garantía. Desde luego los terceros pueden tratar con los herederos acerca de sus derechos indivisibles, en tanto que la partición no esté transcripta, puesto que la partición no transcripta no se les puede oponer, se considera como inexistente con relación á los adquirentes y acreedores hipotecarios. Si, pues, posteriormente á la partición no transcripta uno de los copartícipes vendiera ó hipotecara un inmueble de la sucesión como indiviso estos actos se-

rían válidos; los copartícipes no podrán oponer la partición al adquirente ó al acreedor hipotecario, puesto que la partición no transcripta no existe con relación á los terceros.

La publicidad de la partición da otra garantía á los terceros. Todos los que tienen interés en ella pueden oponerse á que se proceda á la partición sin su presencia y tienen el derecho para intervenir en ella. Bajo el imperio del Código Civil este derecho no lo podían ejercer cuando estuviera hecha la partición. Conforme á la nueva ley una partición no transcripta no se puede oponer á los terceros; la indivisión subsiste, pues, y los terceros pueden siempre hacer la oposición y provocar, por consiguiente, una nueva partición en que intervendrán. Se ve que la transcripción sola no basta para resguardar los intereses de los terceros. El que ha comprado un derecho indiviso ó que ha estipulado una hipoteca sobre un inmueble indiviso debe desde luego hacer transcribir ó inscribir su título para que pueda oponerle á un segundo adquirente ó á un segundo acreedor hipotecario; después debe formar oposición é intervenir en la partición. Esto es el derecho de intervención que constituye su garantía esencial; si no interviene y si los herederos proceden á la partición y transcriben no tiene ninguna acción. Pero si los herederos descuidan transcribir la partición el derecho de oposición y de intervención de los terceros subsiste.

197. Los terceros acreedores quirografarios pueden también invocar el beneficio de la nueva ley; lo que dijimos del derecho de los acreedores en lo referente á las actas translativas (núms. 173-181) se aplica á las actas declarativas. Sólo los acreedores quirografarios no tienen nada que transcribir, puesto que no tienen derecho sometido á la transcripción. Pero pueden oponerse é intervenir en la partición; en este sentido sus derechos son los mismos que

los de los acreedores hipotecarios ó de los terceros adquirentes. Pueden formar oposición en tanto que no hay partición transcrita. Una partición no transcrita no se puede oponer, puesto que para los terceros no existe.

§ IV.—DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO.

Núm. 1. De los arrendamientos por más de nueve años.

198. La Ley Hipotecaria somete á la transcripción los arrendamientos que excedan de nueve años. Es en el favor de los terceros en el que la ley prescribe la publicidad de los arrendamientos que pasen del término ordinario. ¿Quiénes son los terceros que se pueden prevalecer de la falta de transcripción? ¿Se debe ver ante todo cuál es la consecuencia de la no transcripción del arrendamiento? En general una acta sujeta á la transcripción y no transcrita no se puede oponer á los terceros, se la considera como inexistente á su respecto. Este principio no se aplica á los arrendamientos (núm. 161); conforme al art. 1.º de la Ley Hipotecaria si los arrendamientos no se han transcritos su duración se disminuirá conforme al art. 1429 del Código Civil. Por esto el contrato de arrendamiento no transcrito no es nulo con respecto á los terceros, solamente es reductible en el sentido de que el arrendatario no puede oponer su contrato á los terceros más que por el período de nueve años en el que se encuentra. Cuando, pues, se dice que un arrendamiento que excede de nueve años debe ser transcrito en interés de los terceros quiere decir que éstos pueden pedir la reducción del arrendamiento á un plazo de nueve años.

199. ¿Quiénes son los terceros que pueden oponer la falta de transcripción? A este respecto la ley no hace diferencia entre los arrendamientos y las actas translativas de propiedad. El art. 1.º comienza por decir que las actas trans-

lativas de propiedad inmobiliar deben ser transcritas y que hasta la transcripción no se pueden oponer á los terceros que han contratado sin fraude; después agrega el segundo inciso: "Sucederá lo mismo con los arrendamientos que excedan de nueve años." Luego estos arrendamientos no se pueden oponer á los terceros en tanto que no se transcriban. Pero el derecho de los terceros no es tan extenso en lo que se refiere á los arrendamientos como en lo relativo á las actas translativas de propiedad. No pueden rechazar el arrendamiento como pueden desechar la venta y decir que una acta no transcrita no existe para ellos: el arrendamiento, aunque no transcrito, existe, pero es reductible.

¿Qué terceros pueden pedir la reducción? Los terceros adquirentes y los acreedores hipotecarios. Esto es de evidencia. ¿Se pregunta si un segundo arrendatario á quien el dador hubiera consentido un arrendamiento después de haber arrendado la cosa á un primer arrendatario, el que no lo hubiera transcrito, puede prevalecerse de la falta de transcripción del primer arrendamiento? Conforme á lo que acabamos de decir el segundo arrendatario, como cualquier otro tercero, no puede pretender que el primer arrendamiento no existe en su respecto, únicamente puede pedir la reducción á un término de nueve años. El primer arrendatario puede, pues, oponer su arrendamiento á un arrendatario posterior por el período de nueve años en que se halla; la cuestión que examinamos consiste en saber si el segundo arrendatario que ha transcrito puede ejercer su derecho contra el primero al vencimiento del plazo de nueve años por el que la ley mantiene el arrendamiento no transcrito. La afirmativa nos parece cierta, es de evidencia en la opinión que hemos enseñado acerca del derecho de los acreedores quirografarios. Si están comprendidos entre los terceros cuando se trata de una venta ó de una partición