

cuáles son esas formas. Pero la distinción resulta de la naturaleza misma de la condición que la ley exige para la prescripción. Dice que el *acta* debe de ser válida en la forma, no dice que el *título* no puede servir de base á la prescripción cuando es nulo por falta de forma; y una cosa es el *título* y otra cosa es el *acta* ó el *escrito* que comprueba el *título*. El *título* es el hecho jurídico, contrato ó testamento por el que se transfiere la propiedad; el *acta* es la prueba literal del *título*, pero la nulidad del *acta* no atrae la del *título*, salvo en los contratos solemnes ó en los testamentos; en los contratos no solemnes el *título* nunca es nulo por falta de forma; todo lo que resulta de la nulidad del *acta* es que no puede servir de prueba literal del *título*; pero el posesor puede probar su *título* por los demás medios de prueba admitidos por el Código Civil. (1) Dejamos á un lado por el momento la cuestión de saber si la Ley Hipotecaria ha derogado el Código Napoleón.

La jurisprudencia confunde todas las formas y aplica á todas la disposición del art. 2267. Se ha juzgado que no se podía considerar como un justo título una expedición de una acta notariada cuya minuta no estuviera firmada ni por el vendedor ni por los testigos; la Corte concluye que el título era nulo por falta de forma, porque no podía valer ni como acta auténtica ni como privada. (2) Esto es confundir la prueba con el título. El Código Civil no exige que el título sea comprobado por escrito para que pueda servir de base á la prescripción. La venta es un título válido desde que se perfecciona el contrato, aunque no estuviera redactado por ningún escrito para comprobarlo, ni auténtico ni privado. Si las partes hacen redactar un escrito es para procurarse una prueba literal de sus convenciones; pero la

1 Compárense Aubry y Rau, t. II, p. 378, nota 10, pfo. 218.

2 Angers, 15 de Marzo de 1825 (Dalloz, en la palabra Prescripción, número 900, 2.º) Compárense Metz, 31 de Marzo de 1833 (Dalloz, en la palabra Quiebra, núm. 76).

cuestión de prueba es extraña á la validez del título; luego el título no puede ser nulo porque el *acta* es nula.

La Corte de Casación juzgó en el mismo sentido que la venta de bienes de menores hecha sin la observancia de las formalidades prescriptas por la ley no constituye un justo título. La sentencia no está motivada; se limita á hacer constar que el título es vicioso. (1) ¿Es un título nulo en la forma en el sentido del art. 2267? Se trata de formas establecidas en interés de los incapaces; si no se han llenado esas formas el menor puede pedir la nulidad, porque el *acta* es nula en la forma (art. 1311); pero el incapaz sólo tiene ese derecho. Eso prueba que no se trata de formas exigidas para la existencia del título; la venta de bienes de los menores no es un contrato solemne. El título no está, pues, viciado en el sentido de que sea inexistente; está viciado en interés de los incapaces que no habiendo gozado de las garantías de que están rodeados pueden, por ese punto, promover la nulidad. De ese modo se trata de saber si un título nulo puede servir de base á la prescripción. Vamos á examinarlo; en la teoría de d'Argentré, que es la generalmente seguida, la nulidad no vicia el título haciéndolo impropio para la prescripción sino cuando la nulidad es de orden público; es decir, absoluta; y en la especie la nulidad de la venta hecha sin observar las formas legales es relativa; lo que es decisivo.

395. La Ley Hipotecaria, al exigir la transcripción de las actas translativas de propiedad inmobiliar, ha suscitado una nueva dificultad que se refiere también á una cuestión de forma. ¿Puede el comprador invocar el *acta* de venta como fundamento de la prescripción si esta *acta* no fué transcrita? Hemos dicho en el título *De las Hipotecas* que resulta del principio consagrado por la nueva ley que el título no

1 Casación, 1.º Floreal, año V (Dalloz, en la palabra Prescripción, número 900, 1.º) En el mismo sentido, Leroux de Bretagne, t. II, p. 87, número 894.

es útil para la prescripción sino cuando el acta ha sido transcripta; y según nuestra ley las actas no se admiten á transcripción más que cuando son auténticas. De allí una grave derogación al sistema del Código Civil en materia de prescripción; no basta que el título sea válido en el sentido que acabamos de decir, es necesario, además, que conste en acta auténtica y que esta acta esté transcripta (t. XXIX, núms. 159 y 162). Esta es la opinión universalmente seguida en Bélgica. En Francia la cuestión está controvertida; (1) creemos inútil entrar en este debate. Agregaremos en apoyo de nuestra opinión que bajo el imperio de la ley de 11 de Brumario, año VII, era de jurisprudencia que los títulos no transcriptos no podían ser opuestos al propietario; y la ley belga no hizo más que reproducir el sistema de publicidad de la ley de Brumario. (2)

396. El Código no habla de los títulos nulos en el fondo. ¿Debe concluirse del silencio de la ley que cualquier título, aunque viciado, puede servir de base á la prescripción? Nó, pues los títulos nulos no producen ningún efecto cuando han sido anulados; esto es la aplicación del antiguo adagio de que lo que es nulo no produce ningún efecto. A este respecto el título nulo debe ser asimilado al título inexistente; sólo hay esta diferencia: que el título inexistente no necesita ser anulado por el juez, es nulo de plano, como lo dice el art. 1117; mientras que los títulos nulos tienen que ser anulados por el tribunal y sólo producen sus efectos cuando lo han sido. De esto se sigue que el título nulo puede ser opuesto

1 Leroux de Bretagne, t. I, p. 94, núm. 907.

2 Lyon, 17 de Febrero de 1834 (Dalloz, en la palabra Prescripción, número 900, 4.º) La Corte de Bruselas ha sentenciado, en 21 de Enero de 1834 (Pasiorisia, 1834, 2, 22), que una acta de donación no transcripta podía servir de base á la transcripción. Bajo el imperio del Código Civil no se requería la transcripción como condición general de la translación de propiedad para con los terceros. Pero lo era para las donaciones; y, en nuestro concepto, debiera deducirse que la consecuencia de una donación no transcripta no puede servir de título para la transcripción. Resultaba de esto una extraña anomalía, en verdad, puesto que la venta no transcripta formaba justo título, pero la anomalía está á cargo del legislador.

al propietario, á reserva del derecho de éste para pedir su nulidad. Queda por saber si el propietario puede siempre prevalecerse de la nulidad del título. Aquí interviene la distinción propuesta por d'Argentré. Cuando la nulidad es absoluta toda persona interesada puede invocarla; luego también el propietario cuyos derechos están amenazados por la prescripción apoyados en un título nulo. Las nulidades relativas, al contrario, no pueden ser opuestas; por tanto, el propietario puede oponer la prescripción al propietario apesar de la nulidad de su título.

Estas distinciones resultan de la naturaleza misma de los títulos nulos, pero importa hacer constar que son de tradición. Dunod las tomó en d'Argentré. La dificultad está en saber cuál es el carácter de las nulidades y cuál es el efecto. Dunod contesta que la nulidad procede de la prohibición de la ley de hacer ciertas cosas. Y hay prohibiciones que están fundadas en el interés público; otras tienen por base el interés de los particulares. La prohibición, dice Dunod, está hecha en interés público cuando su primer y principal objeto es el bien de la sociedad, la conservación de las cosas y de los derechos que pertenecen al público. Da como ejemplo las disposiciones que se refieren á las buenas costumbres, las leyes penales ó las relativas á cosas colocadas fuera del comercio, tales como las cosas que pertenecen al dominio público. Aquí Dunod confunde lo que d'Argentré distinguía: las convenciones contrarias á las buenas costumbres son más que nulas, son inexistentes (arts. 1131 y 1133). Además, la distinción que d'Argentré hiciera y que Dunod descuida hacer no tiene ninguna importancia en materia de prescripción; se puede aplicar indiferentemente á las actas inexistentes y á las nulas con absoluta nulidad lo que Dunod dice de las nulidades establecidas en interés público, «La nulidad que resulta de la prohibición en este caso es

absoluta porque la ley resiste continuamente y por sí misma al acta que prohíbe, la reduce á un puro hecho que no puede ser autorizado ni confirmado y que no produce ningún derecho, ninguna acción ni excepción. « Esto es decir mucho; esto es verdad para las actas inexistentes, pero sólo es sin reserva para las actas que la ley prohíbe y anula por interés público. Estas actas son nulas en el sentido de que son nulificables, lo que implica la intervención de la justicia; mientras que el juez no las ha anulado producen efecto y, portanto, el poseedor puede oponerlas al propietario como fundamento de la prescripción, á reserva de que el propietario pida la nulidad de las actas. En la opinión general que admite la perpetuidad de las excepciones hay que agregar que el propietario podrá siempre oponer la nulidad del título por vía de excepción.

No pasa lo mismo, dice Dunod, con las nulidades de interés privado. Tal es la prohibición de enajenar los bienes dotales y los de los menores, la prohibición de contratar sin autorización ni asistencia. Estas prohibiciones no anulan absolutamente las actas que se hacen en menoscabo de la ley. Desde que el acta es translativa de propiedad constituye un justo título para con el propietario; éste no puede prevalecerse de la nulidad porque no fué introducida en su favor, y nadie puede invocar el derecho ajeno. La dificultad es de distinguir en qué casos una nulidad es de interés público ó privado. Dunod dice muy bien que el objeto de la ley es siempre el interés público y social; pero el objeto de este interés es amenudo lejano, considerando la ley en primer lugar en las prohibiciones que establece y las nulidades que pronuncia el interés de los particulares. Debe, pues, verse cuál es el principal y esencial objeto de la ley. (1)

La doctrina de Dunod está generalmente admitida por los autores modernos. Se citan como ejemplos de nulidad ab-

1 Leroux de Bretagne, que sigue á Dunod, parte II, p. 88, núm. 896.

solutas las substituciones prohibidas y las donaciones por causa de muerte, que están virtualmente prohibidas. (1) Otros agregan las convenciones cuya causa fuera ilícita; (2) es seguro que no forman un justo título; en nuestra opinión estas convenciones son más que nulas, no tienen que ser anuladas; por su propia naturaleza no pueden producir efecto alguno (arts. 1131 y 1133). La jurisprudencia es poco numerosa en esta materia. Fué sentenciado que la adjudicación pronunciada en favor del abogado que persigue un embargo inmobiliario no puede formar un título para la prescripción, porque la nulidad es absoluta. (3) Así como la enajenación consentida después de la transcripción. (4)

La Corte de Casación parece considerar el vicio que tacha el título del vendedor como tachando igualmente el título del adquirente. En el caso se trataba de una donación nula en la forma y, por tanto, tachada de nulidad radical; el acto era, como se dice, inexistente. ¿Resultaba que el adquirente no podía prescribir? La sentencia lo resuelve así, y el sentencista dice que el fallo está muy bien pronunciado. No comprendemos cómo el vicio del autor pueda viciar el del legatario. ¿Qué importa que el título del autor sea una donación inexistente? Todo cuanto resulta es que no es propietario; su título es inexistente, pero el título que concede es justo, á no ser que sea nulo por sí mismo; lo que no aparece por la sentencia. Decir que el vendedor no tenía calidad ni derecho para vender no es decir algo, pues así sucede siempre cuando se trata de prescripción; si el vendedor tenía calidad y derecho para vender el adquirente se vuelve propietario y la prescripción es inútil.

397. Para que el título sea justo es necesario en segundo

1 Aubry y Rau, t. II, p. 377 y nota 7, pfo. 218.

2 Grenoble, 22 de Abril de 1864 (Sirey, 1864, 2, 247).

3 París, 5 de Abril de 1864 (Sirey, 1865, 2, 100).

4 Casación, 8 de Enero de 1838 (Dalloz, en la palabra Prescripción, número 900, 6.º, y las observaciones del sentencista).

399. ¿Un título putativo basta como fundamento de la prescripción? Por eso se entiende un título que no existe, pero que el poseedor cree que sí existe; se supone, además, que su error tiene una justa causa. (1) Pothier admitía el título putativo definido de ese modo. Por lo general, decía, no basta para abrir la prescripción que el poseedor crea que tiene un título cuando realmente no lo tiene. De ese modo si cree que la cosa se la vendieron ó la legaron cuando no hay ni venta ni legado no tiene un justo título. Sin embargo, si la opinión errónea del poseedor tiene justo fundamento esa opinión equivale á un título. Esa es la doctrina romana. Pothier da el siguiente ejemplo tomado de Africain. Doy mandato de comprar un terreno; el mandatario me entrega el fundo y dice haberlo comprado aunque no haya habido venta; el mandato que di es para mí causa justa para creer que la cosa fué comprada. Es ese un título putativo. (2) ¿Consagra el Código esa doctrina? Se podría creerlo así, puesto que los autores del Código han seguido por lo general la tradición. Pero ésta no es constante. Pothier cita la opinión contraria de Lemaître que enseñaba que la decisión de los jurisconsultos romanos no debía seguirse en los países de costumbre en razón de que la costumbre exigía terminantemente un justo título; y la opinión errónea de la existencia de un título no es un título. Lemaître invocaba también el espíritu de la ley; no se puede suplir, dice, lo que la costumbre exige cuando se trata de despojar al verdadero dueño en provecho del poseedor. (3) Pothier también podría citar á un jurisconsulto de mayor autoridad. D'Argentré protesta contra la doctrina tradicional; se asombra de ver que personas ilustres

Leroux de Bretagne, t. II, p. 90, núm. 899. En sentido contrario, Durantón, t. XXI, p. 607, núm. 376.

1 D'Argentré, art. 266, cap. I, núm. 5, p. 898.

2 Pothier, De la prescripción, núm. 95-97.

3 Lemaître, acerca de la Costumbre de París, tít. VI, cap. I, sec. I.

hayan podido asimilar á un título la efímera opinión de existencia de un título. (1) ¿Puede el error ser un derecho? Hay una objeción contra la teoría romana, que nos parece decisiva: que descansa en una ficción. Un título putativo seguramente es un título ficticio, pues en realidad, no hay título, se finge que hay uno; y sólo el legislador puede crear ficciones y determinar las condiciones bajo las que se admite. El silencio del Código no basta para que se pueda inducir que ha mantenido una ficción tan extraña. Las palabras del orador del Gobierno parecen más bien excluir el título putativo: "Nadie, dice Bigot-Préameneu, puede creer que posee de buena fe como propietario si no tiene un justo título; es decir, si no tiene un título que sea de naturaleza translativo del derecho de propiedad y que sea además válido." En esa materia se debe admitir difícilmente que el legislador moderno haya seguido la tradición porque ha derogado terminantemente la doctrina tradicional. En la antigua jurisprudencia, conforme al derecho romano, se confundía el justo título con la buena fe del poseedor. En esa doctrina se concibe que el título putativo esté considerado como suficiente porque atestiguaba la buena fe del poseedor; pero el Código exige el justo título como una condición distinta: el poseedor tendría la buena fe más completa de que no podría prescribir si no tenía título. Y el que tiene título putativo es en verdad de buena fe, pero lo seguro es que no tiene título: lo que es decisivo. Tal es la opinión general. (2)

400. El título putativo que Pothier da como ejemplo es una suposición extraña á la vida real. Sucede lo mismo con la aplicación que los autores modernos hacen de la doctrina contraria que el Código ha consagrado implícitamente.

1 D'Argentré, art. 266, cap. I, núm. 6, p. 899.

2 Leroux de Bretagne, t. II, p. 81, núm. 884 y todos los autores. Bruselas, 23 de Noviembre de 1857 y la requisitoria del Abogado General (Pasierisla, 1858, 2, 226).

Sienta en principio que el título debe aplicarse en realidad y no de un modo putativo al inmueble que el poseedor pretende haber adquirido por prescripción. El principio es incontestable. Se aplica al heredero que de buena fe ha tomado posesión de un inmueble que creía depender de la herencia. Ese no es un título putativo en el sentido tradicional porque aunque el inmueble hubiera dependido de la herencia el heredero no hubiera tenido título justo (número 390). El caso se podría presentar para un comprador cuyo título no dijera que parte del inmueble que poseía; no puede invocar la prescripción más que por la parte del inmueble comprendida en su título: para la excedencia no tiene título. En vano se diría que el poseedor puede prescribir más allá de su título; eso es verdad para la prescripción de treinta años, que no exige título, no para la de 10 años, que no se puede cumplir sin título; y si yo poseo más de lo de mi título poseo sin él, lo que hace imposible la usucapión. (1)

No se debe confundir la hipótesis de una posesión sin título real con una hipótesis del todo diferente. Se supone que hay un título, pero que el acta no designa especialmente todas las partes de la heredad que es el objeto del contrato. La ley no exige esa designación, es una cuestión de prueba; hay título para todas las cosas comprendidas en el contrato, aunque el acta no las mencionara, salvo en caso de contestación que se probara que estaban comprendidas. La Corte de Casación lo juzgó así en la especie siguiente. Acta de donación por la que el padre y la madre dan á su hijo un terreno tal «como se extiende, conoce y limita.» Un tercero reivindica una parte del terreno que siempre se había considerado como dependencia del citado dominio. El donatario opuso la prescripción; esa excepción

1 Aubry y Rau, t. II, p. 381 y notas 22 y 23, pfo. 218. Compárese Troplong, núm. 550.

fué desechada por la Corte de Bourges por motivo de que el título no comprendía la designación del objeto litigioso. En el recurso la decisión fué casada. Cuando se trata de un dominio, dice la Corte de Casación, ó de una fracción de una hacienda no se necesitan para transferir la propiedad las diversas piezas comprendidas en el título, que el acta las designa todas nominalmente: basta con la designación de la granja ó del dominio, salvo que se pruebe que todas las fracciones de tierra de que se compone están comprendidas en el goce y forman parte de la explotación del arrendatario. Y en la especie el demandante ofrecía probar que la parte litigiosa estaba comprendida en la tierra dada en dote. La Corte de Apelación, al desechar la prueba, violaba el art. 2265. (1)

401. Cuando el título no tiene por objeto transferir la propiedad no puede servir de base á la prescripción. Se cita como ejemplo el arrendamiento, (2) y no se debería citar, puesto que es un título precario, y en virtud de un título de esa naturaleza no se prescribe nunca ni por 30 ni por 10 años. Hay actas que declaran la propiedad sin transferirla; no constituyen un título para la prescripción. Tal es la partición que, conforme al Código Civil (art. 883), es declarativa de propiedad; no transfiere ningún derecho á los coparticipes, sólo declara el derecho que se les considera haber tenido después de comenzada la indivisión; no es, pues, la partición la que es su título sino el hecho jurídico que ha producido la indivisión. Ese principio recibe su aplicación á toda partición; la Corte de Bruselas lo aplicó al acta de partición de una sociedad que el asociado oponía á la acción de reivindicación apoyándose en la pres-

1 Casación, 23 de Enero de 1837 (Daloz, en la palabra Prescripción, número 882, 1.º) Compárese Casación, 31 de Enero de 1837 (Daloz, en la palabra Venta, núm. 651, 1.º)

2 Aubry y Rau, t. II, p. 376, pfo. 218.