

je la prudencia; y si el deudor promueve clandestinamente las actas de disposición que hace no podrán serles opuestas.

Cuando el sistema de publicidad está completo avisa á los terceros todos los cargos que tiene un inmueble, aun los arrendamientos. Y basta que estén advertidos para que su interés esté resguardado. El que compra un inmueble sabrá por el registro que está gravado con un derecho de usufructo ó de servidumbre; sabrá que el bien está dado en arrendamiento por un plazo largo; tratará en consecuencia. Lo mismo sucederá con el prestamista sobre hipoteca. Lo que hace tan peligrosos los préstamos sobre hipotecas es la clandestinidad de las actas translativas de propiedad inmobiliar. El vicio indica el remedio, es la publicidad la más completa.

12. La publicidad, que es una garantía para los terceros, es también muy ventajosa para los propietarios. Por una singular ceguera los propietarios del antiguo régimen, los nobles, se opusieron siempre á la publicidad de las transacciones inmobiliarias, y la vanidad de casta prevaleció al interés general. Ni siquiera puede decirse que los nobles ó los propietarios en general tuvieran interés en la clandestinidad, á no ser que se considere como tal la facilidad de engañar á los terceros, y no se puede seguramente tomar en cuenta semejante interés. ¿Cuál es el verdadero interés del propietario? El de poder vender fácil y ventajosamente, si tiene utilidad ó necesidad de vender. Y si el comprador puede temer que apesar de todas las precauciones que tome tendrá riesgo de ser vencido no comprará ó lo hará en condiciones onerosas para el vendedor; los riesgos de evicción serán uno de los elementos que determinarán el precio que ofrecerá; en definitiva, el propietario sufrirá las consecuencias de la falta de seguridad, consecuencias necesarias de la clandestinidad. El propietario preferirá conservar la propiedad de sus bienes; pero si necesita fondos

para mejorar el cultivo ó si quiere pedirlos prestados para emprender industrias ó comercio, estará igualmente interesado en que su situación inmobiliar sea exactamente conocida por los capitalistas á los que se dirige. La menor incertidumbre, el menor riesgo de pérdida aumentarían las exigencias del prestamista y disminuirían, por consiguiente, el crédito del que el deudor puede y debe gozar por razón de su fortuna inmobiliar. Sólo hay una clase de propietarios que estén molestados por la publicidad: son los que viven en la ociosidad, que gastan mucho; su vanidad sufre cuando las enajenaciones que se ven obligados á hacer se hacen públicas y cuando los cargos que los gravan se entregan á la publicidad; prefieren tener las mentirosas apariencias de una gran fortuna, lo que conduce á engañar á los terceros que tratan con ellos. ¿Será necesario añadir que la ley debe prescribir la más lata publicidad precisamente para impedir que los terceros sean engañados? En cuanto á la vanidad herida el legislador no tiene que inquietarse de ello; su misión no es alimentar vicios. Si tiene lecciones que dar éstas deben ser de rectitud y de honradez.

§ II.—ORIGEN DE LA PUBLICIDAD.

13. No hay historia más interesante que la del origen de la publicidad que hoy preside todas las transacciones de inmuebles. Hemos dicho que en la antigua jurisprudencia había dos tradiciones, del todo contrarias, acerca de esta materia: la romana y la de los usos del empeño. Se conoce el culto de que era objeto el derecho romano, siendo Francia la que le dió el bello nombre de *razón escrita*. Los usos, al contrario, parecían una herencia de la barbarie germánica y del feudalismo, siendo estas apariencias absolutamente engañosas. La pretendida razón escrita en lo relati-

vo á la trasmisión de derechos reales inmuebles no tenía en cuenta el interés de los terceros, no tenía la sospecha de las exigencias del crédito, era la clandestinidad con todos sus peligros y abusos. Es verdad que los usos procedían del feudalismo y que éste viene desde las selvas de la Germania. Sin embargo, los usos feudales, por excelencia los del Norte de Francia y Bélgica, consagraban la mayor publicidad en todos los actos translativos de derechos reales inmuebles; nuestra Ley Hipotecaria no ha hecho más que reproducir los principios de los usos del empeño. Esto es milagroso. Los jurisconsultos romanos han llevado á la perfección la ciencia del derecho; serán siempre nuestros maestros, sin que jamás lleguemos á igualarlos, y ésta, tan perfeccionada, consagraba en materia de transacciones de inmuebles lo opuesto á la verdad; la clandestinidad ciertamente que no es la razón escrita sino la ignorancia escrita. La verdad, en esta materia, nos ha venido de la barbarie. ¿No es esto prodigioso? El prodigio se explica, pero también prueba que hay en la vida un elemento que no es el de la libertad humana. Hemos enseñado en nuestros *Estudios sobre la historia de la humanidad* que Dios es el que preside los destinos. De igual modo que la Divina Providencia ilumina la historia se revela á cada paso en todos los accidentes de la vida; basta con no cerrar los ojos á la luz de la verdad para ver más todavía, para quedar inundado. ¿Es que nuestros antecesores de las selvas germánicas pensaban en las necesidades del crédito imaginando formas palpables que dieran una especie de publicidad á la trasmisión de la propiedad de los inmuebles? Ciertamente que no, como tampoco los barones feudales no pensaban en los intereses de los terceros *desposeyendo* al propietario que enajenaba un inmueble dando la posesión al adquirente. De aquí emana, sin embargo, el *empeño* de costumbres, y esta no es otra cosa más que la transcripción de nuestras leyes actua-

les. La filiación es incontestable. ¿Se debe inducir que la barbarie germánica ha sido en esta materia superior á la ciencia romana? Esto sería explicar un prodigio por un contrasentido. A decir verdad no hay prodigio, pues que el milagro es constante: es la influencia de Dios en los destinos del hombre; que se la llame Providencia ó Inmensidad de Dios en la humanidad esto importa muy poco con tal que Dios inmanente no se confunda con el mundo. Siempre sucederá que los hechos no podrán contestarse: la posesión germana y feudal se ha transformado en empeño, y el empeño es el principio de la publicidad, uno de los fundamentos de nuestro orden civil. No es ni á los germanos ni á los señores feudales á los que debemos este bien; ¿si no es á los hombres no sería á Dios? ¡Ciegos son los que niegan el progreso, que no ven que se cumple por la mano de Dios en todas las esferas de la actividad humana! ¿Preguntaremos por qué la tradición romana, que también admitía una especie de posesión, no se ha transformado hasta llegar á ser una especie de publicidad? La respuesta es sencilla. Cada época, cada raza, tiene su misión; el del pueblo rey era el comercio y la industria, estaba llamado á conquistar y á gobernar al mundo. Roma legó su derecho á la Edad Media y á los tiempos modernos, pero era un derecho muerto, la *razón escrita*; lo que estaba *escrito* debía ser inmutable como el texto; no habiendo desarrollo no había progreso posible. El verdadero derecho, el derecho vivo, era el derecho de costumbre; elemento de la vida, se transformaba con ella. Hé aquí cómo la posesión germana y feudal se ha convertido en el empeño y éste en la transcripción. ¿Por qué se ha operado esta transformación en los usos del Norte de Francia y Bélgica más bien que en las provincias del Mediodía? Aquí reinaba el derecho romano, derecho muerto é irreformable. La revolución sólo se podía operar en los países de los usos; si se operó en

Bélgica más bien que en otro lugar fué porque el espíritu feudal era allí más poderoso; la historia dice que los burgueses de nuestras provincias combatieron la caballería feudal y que vencieron. Si el espíritu feudal dominaba en las ciudades era el espíritu de libertad y no el del servilismo; fué á la libertad á la que debieron su riqueza nuestras poderosas provincias. Estaban, pues, predestinadas á transformar la posesión tradicional en empeño; es decir, en servirse de un uso feudal para resguardar el interés del tercero; y este interés no era más que la circulación libre y segura de la propiedad; la que se confunde con el crédito de los particulares; principio de riqueza y poderío.

Sentimos que el límite de nuestro trabajo, de por sí largo, no nos permita escribir la interesante historia de la transcripción. Los rasgos generales bastan para el objeto de esta obra. Convidamos á nuestros jóvenes lectores á seguir este estudio que tiene tantos atractivos y tan grandes enseñanzas.

Núm. 1. Los usos del empeño. (1)

14. En los usos llamados *de posesión y de empeño* la propiedad de los inmuebles se transfería en virtud de la ley ó por la *realización*. Era una toma de posesión comprobada por los tribunales en registros públicos depositados en la secretaría. El *empeño* es en el fondo idéntico á la *transcripción*; no difiere más que en la forma, que, según los usos, eran judiciales; mientras que conforme á nuestro derecho son administrativos. Esta diferencia viene de que antes de la revolución de 1789 los tribunales estaban investidos no solamente con la jurisprudencia contenciosa sino también

1 Véanse las fuentes citadas en Britz, Memorial premiado (en los Memoriales premiados de la Academia de Bruselas, año de 1846, p. 903 y nota). Agréguese Wynantes, *Decis.* 144, núm. 11; Voet, *Comment. ad Pand.*, XLI, I, 38. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Deberes de ley* Ct. VIII, p. 35).

con la voluntaria. Este sistema de publicidad reinaba en el Norte de Francia, en toda Bélgica, comprendiendo todas las provincias septentrionales. Las formalidades del empeño se llamaban *deberes de ley* aunque no hubiesen sido introducidos por la ley, pero el legislador los consagra y esto les da fuerza de ley general. (1) Muchas veces se distinguía, las formalidades de los *deberes de ley* propiamente dicho y los que llevaban el nombre de *main-mise, main-assise, mise de fait*. Esta última denominación se usaba en donde la puesta en posesión se hacía por jueces reales; mientras que se daba el nombre de *deberes de ley* á la puesta en posesión que se hacía con oficiales del señor cuyos bienes eran movibles. Esta era la expresión usual, que se comprende siendo el empeño de origen feudal. Cualquiera enajenación de un derecho real inmueble implica una abdicación del antiguo propietario y una transmisión ó una adquisición del adquirente; este doble hecho constituía el empeño; de aquí los nombres de *desheredado y desposeído* en lo referente al vendedor y de posesión y herencia en lo referente al comprador; aun había otras palabras para expresar la misma idea; las formas y las expresiones varían de un uso á otro; despreciamos estos detalles para limitarnos á la esencia del empeño.

15. Era de principio que la convención y el acta que la comprobaban no bastaban para transferir la propiedad al comprador. Se lee en las *Decisiones* de Jean Des Mares: «En venta de herencia se necesita *vest* y *devest* (2) aunque haya un escrito, puesto que el vendedor se queda siempre en la verdadera posesión hasta que sea desposeído por el dueño del inmueble, y no puede llamarse comprador pose-

1 Cartel de Felipe II de 6 de Diciembre de 1856. Edicto perpetuo de los archiduques Alberto é Isabel de 12 de Julio de 1611. Cartel de 16 de Septiembre de 1673.

2 Las palabras *vest* y *devest* son idénticas á las expresiones *posesión* y *desposesión*. En flamenco *erfoenisse* y *onterfoenisse*.

sionado hasta que no lo sea por el dueño del inmueble, de su lugar.» (1) Merlin dice que el principio del empeño era en el fondo el del derecho romano, según el cual se transfería la propiedad no por simples contratos sino por tradición. Así se lee en las costumbres de Lieja (cap. VI, art. 1.º): «Todos los bienes inmuebles, ya sean herencias ó rentas, no pueden ser válidamente enajenados por contrato ante notario y testigos, ni de otro modo que no sea ante la justicia, para dar título ó acción real.» Sin embargo, la diferencia es muy grande entre la tradición romana y el empeño de costumbre, pues que la tradición conduce á la clandestinidad, mientras que el empeño era esencialmente público. Se exigía la tradición como condición de la trasmisión de la propiedad entre las partes contratantes, el interés de los terceros no desempeñaba ningún papel; el empeño, al contrario, no estaba requerido más que en interés de los terceros. Merlin lo dice: En todos los casos en que no hay terceros interesados los derechos del adquirente que no ha llenado las formalidades del empeño son los mismos que si hubiese sido posesionado. (2) En este sentido los deberes de ley son sinónimos de la publicidad.

16. Del principio de que los deberes de ley estaban requeridos en interés del tercero resultaba que el vendedor quedaba propietario en su respecto en tanto que no se llenaban las formalidades del empeño. El que vende sus bienes, dice Bouteiller, pero los retiene en posesión sin entregarlos al comprador, es aún dueño de la cosa. (3) De aquí la consecuencia importante de que de dos compradores de un mismo bien aquel que primero la posee tiene la preferencia aunque su contrato sea posterior en fecha y aunque el pri-

1 Decisiones de Jean Des Mares, núm. 189 (en Brodeau, *Comentario acerca de los usos de París*).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. II, núms. 1 y 4 (t. XXI, ps. 68 y 70).

3 Bouteiller, *Suma rural*, libro I, cap. VII, p. 397.

mer comprador hubiera entrado de hecho en posesión de la cosa. Esto es lo que las costumbres deciden terminantemente. «No basta al adquirente ponerse por sí en posesión de la heredad que adquirió; de modo que si el vendedor vendiera otra vez dicha heredad á otro antes de haber puesto en posesión al primer comprador en este caso el segundo comprador sería el señor de la cosa vendida. (1) Tal es también la consecuencia, en nuestro derecho, del principio de la transcripción; el acta de venta no registrada no puede ser opuesta á los terceros, dice nuestra Ley Hipotecaria. ¿Cuáles son los terceros que pueden prevalecerse de la falta de registro? Diremos más adelante que la cuestión está controvertida en nuestro derecho. En la jurisprudencia antigua se decidía que los acreedores quirografarios del vendedor podían embargar el bien vendido mientras que el acreedor no estaba en posesión de él. Esta es, dice muy bien el autor del *Repertorio*, la consecuencia lógica del principio en virtud del cual un segundo comprador que tomó posesión se prefiere á un primer adquirente que no está en posesión; el vendedor permanece dueño de la cosa, está en su patrimonio y, por tanto, sus acreedores pueden embargarla. Hay una sentencia del Parlamento de París en este sentido. (2)

Nuestra Ley Hipotecaria hace una restricción á este principio: para que un tercero pueda prevalecerse de la falta de registro es necesario que sea de buena fe; es decir, que ignore el hecho de la primera venta. Se admitía el mismo principio en las costumbres del empeño. «Si, dice un abogado del Consejo Soberano de Mons, el mismo bien fué vendido á dos personas distintas y que el segundo comprador haya sabido cuando su contrato que la venta del mismo bien

1 Véanse los testimonios en Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, párrafo 1, núm. 11 (t. XXI, p. 69).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. 1, núm. 2 (t. XXI, página 70).

se había ya hecho á otro, aunque este segundo haya poseído primero es seguro que en este caso la segunda venta es nula y que el segundo comprador está obligado á devolver el bien al primer comprador. (1) El primer editor del *Repertorio*, al que Merlin da su nombre, Guyot, dijo, en apoyo de esta restricción, que el dolo no debe nunca aprovechar al que lo empleó. Hay dolo en este sentido: que el segundo comprador no es de buena fe; debiera haberse abstenido de comprar, puesto que sabía que la cosa había sido vendida ya á un primer comprador. (2)

17. ¿Cuáles actas estaban sometidas á las formalidades de los deberes de ley? Nuestra Ley Hipotecaria exige el registro de todas las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. Tal era también la regla de las costumbres del empeño. Se lee en las Cartas Generales del Hainaut (capítulo XCIV, art. 1.º): «Nadie podrá vender, cambiar, dar, arrendar, ni de ningún modo enajenar, sus bienes más que por desposesión ante el señor ó bailío del lugar.»

Nuestra ley somete la transcripción sólo á las actas entre vivos. La transmisión por vía de herencia no tiene que hacerse pública. Lo mismo sucedía en las costumbres del empeño, cuando menos para las sucesiones *ab intestato*. Los deberes de ley, se decía, son inmutables para transferir los bienes del difunto á su legítimo heredero porque la ley le da la posesión de plano. Existían, sin embargo, algunas costumbres del Hainaut que exigían la posesión del heredero en las sucesiones colaterales. Estas sucesiones parecían menos favorables que las directas. De éstas puede decirse, con las costumbres antiguas, que es Dios quien hace á los herederos y los pone en posesión; mientras que las sucesiones colaterales son ya más ó menos arbitrarias, puesto que

1 Cogniaux, *Práctica del retiro*, p. 97.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Empeño*, pfo. 1, núm. 2 (t. XXI, página 69).

se suspenden en cierto grado de parentesco fijado por la ley; y la ley que fija el duodécimo grado podría también fijar el cuarto. Por una consecuencia lógica de este principio se decidía que las particiones no estaban sujetas á las formalidades de obras de ley. En efecto, la partición no transmite la propiedad, sólo declara los bienes á que tienen derecho los copartícipes por la ley, ó por Dios, como dicen nuestras antiguas costumbres; las particiones debían, pues, quedar fuera de la regla porque las sucesiones no estaban comprendidas en ella. Había, sin embargo, una costumbre de Hainaut que exigía la posesión aun para las particiones. (1) Este principio es el que prevaleció en nuestra Ley Hipotecaria.

Nuestra Ley Hipotecaria extendió esta excepción á la sucesión testamentaria. Lo mismo sucedía en la mayor parte de las costumbres de sucesión; sin embargo, había costumbres belgas que aplicaban los deberes de la ley á la transmisión por testamento. Una de estas costumbres hasta quería que el testador se desheredase judicialmente de los bienes de que disponía, lo que era muy lógico, pues no basta para la posesión que aquel que adquiere esté en posesión, sólo puede poseer después de que su autor esté desposeído. Resulta de la necesidad de la posesión una consecuencia muy peligrosa para el legatario: es que si el heredero enajenaba la cosa ligada antes que el legatario la poseyera por ministerio de la ley la venta era válida, el legatario no tenía más que una acción personal contra el heredero, acción que podía ser ineficaz. (2) Esta consecuencia es la que detuvo al legislador belga; la necesidad de registrar para hacerse propietario para con los terceros hubiera puesto al legatario á merced de un heredero de mala fe.

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Posesión*, pfo. 1, núm. 6 (t. XXI, p. 78, 6.º y p. 78, 7.º).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Posesión*, pfo. 1, núm. 6 (t. XXI, p. 79, 8.º).

18. En cuanto á las actas entre vivos las costumbres de investidura no difieren mucho de nuestra legislación moderna: toda acta translativa de derechos reales inmobiliarios estaba sometida á los deberes de ley. Tal era especialmente la enfiteusis, que en el derecho antiguo daba las apariencias de la propiedad. Las costumbres declaraban inmuebles las enfiteusis realizadas por deberes de la ley, y muebles las que no estaban realizadas; es decir, que si el sucesor singular podía venderlas sólo era por obras de la ley como adquiriría un derecho contra los terceros.

Lo mismo pasaba con las servidumbres personales y reales: son un desmembramiento de la propiedad; luego el establecimiento de una servidumbre es una acta de enajenación y, con este título, sometido á la formalidad de la posesión. Voet lo certifica para las costumbres de Bélgica. Es por error por lo Grotius pretendió que las formalidades del *vest* y del *devest* eran inútiles en esta materia.

Todas las costumbres de Bélgica estaban acordes en prescribir la posesión para la validez de las hipotecas. Esta es una consecuencia lógica del principio de la publicidad, puesto que la hipoteca interesa esencialmente á los terceros á los que el acreedor hipotecario está preferido. Lo mismo pasaba en las costumbres francesas. Se decía que la publicidad pugna con los pueblos latinos. Este es un curioso ejemplo del poder de la tradición romana. Un edicto de Luis XV (Junio de 1771, año 35) abrogó el uso de las posesiones y empeños para adquirir hipoteca y preferencia, derogando á este efecto todas las costumbres contrarias á esto. (1) Así Francia, en vísperas de la revolución, volvía al principio de la clandestinidad romana en materia de hipoteca. Esto explica los desfallecimientos del Consejo de Estado y los extraños prejuicios de los mejores jurisconsultos

1 Merlín, *Repertoire*, en la palabra *Posesión*, t. XXI, ps. 67 y 85.

que asistieron á él; para ellos la posesión era una barbarie feudal y era un progreso abolirla.

En fin, había costumbres en que era de uso empeñar las cosas dadas en arrendamiento. La ley ha generalizado esta regla; aunque el arrendamiento no da al arrendatario un derecho en la cosa los terceros están interesados en conocerlo, como tienen interés en conocer los cargos reales que gravan un inmueble.

19. En todos los países de posesión los deberes de la ley debían ser cumplidos ante el juez de los inmuebles; no eran mucho de competencia de los notarios. En el siglo XVII habiendo creado Luis XIV en la Villa de Avesnes seis oficios de notarios estos oficiales obtuvieron un decreto que les autorizaba á dar en los contratos que recibían las posesiones y desposesiones, y ordenaba que tendrían el mismo efecto que si hubiesen sido concedidas por los hombres de corte feudal de la jurisdicción de dichos bienes. El bailío y el secretario de los países de Avesnes se opusieron á este decreto; invocaron las costumbres del Hainaut que exigen imperiosamente deberes de la ley para la adquisición de un derecho real de propiedad. Los notarios no lo contestaban, pero pretendieron que era satisfacer las costumbres el insertar en los contratos que recibían las actas de posesión y desposesión con los mismos términos que si hubieran sucedido ante la gente de justicia del lugar. Se equivocaban grandemente en esto, decían los opositores. En efecto, la validez de estas actas no era una cuestión de estilo; era preciso, ante todo, que los que recibían tuviesen calidad para recibir, y las costumbres quieren que las actas de posesión y desposesión se hagan ante la gente de justicia; y es por buenas razones por lo que la posesión debe ser una acta judicial, pues es un acto *público* y *solemne*, mientras que las actas del ministerio de los notarios permanecen secretas. La publicidad y la solemnidad son los únicos medios de obviar el frau-