

siquiera tomaron nota del edicto. Esto es decir que la publicidad encontró una sentencia obstinada en el ciego apoyo de la magistratura por la tradición romana y en las preocupaciones menos excusables de la nobleza, la que, gastadora y colmada de deudas, no quería que su situación mobiliar fuera puesta á luz pública. (1) ¡Cuántas enseñanzas en esta resistencia! Aun hay hombres que maldicen la Revolución y que creen que el progreso que realizó por la violencia, por la sangre y la ruina, se habría realizado pacíficamente por el realismo. ¡Y hé aquí que un rey todo poderoso anuncia la intención de *perfeccionar* la legislación inmobiliar introduciendo el principio de la publicidad y se ve obligado á detenerse y revocar su edicto por causa de la sorda oposición de la nobleza unida á los parlamentos! Decididamente el antiguo régimen era irreformable. Si el derecho civil no podía ser perfeccionado por razón de la vanidad ¿cómo se hubiera reformado el estado político, cuya reforma hubiera suscitado hostilidades y preocupaciones mucho más poderosas?

26. Para reformar esta vieja sociedad era preciso un rayo. La noche del 4 de Agosto de 1789 fué el advenimiento de un nuevo mundo y el régimen feudal fué destruido hasta en sus últimos vestigios. Desde entonces los deberes de ley se hicieron impracticables, puesto que suponían de la justicia señorial abolida con todas las demás instituciones civiles que tenían su origen en el feudalismo. ¿Qué iba á suceder con la investidura? Si es verdad, como se ha dicho (núm. 21), que la investidura no es más que un abuso del poder feudal la Asamblea Constituyente, tan celosa de borrar los rastros de un sistema odiosa, hubiera seguramente abrogado los deberes de ley. Apesar de las pasiones revolucionarias que la inspiraba fué clarividente más que los

1 Marton, *Comentario*, t. I p. 25, nota 2. Troplong, *De la transcripción*, página 182, núm. 16.

autores del Código Civil. No había de feudal en la investidura más que las formas; en cuanto al feudo era el principio de la publicidad aplicado á la translación de los inmuebles. La Asamblea acaba de proclamar el principio de la publicidad en el orden político, ¿cómo dejará de proclamarlo en el orden civil? Hizo lo que un sabio legislador debe hacer aboliendo las formas feudales, impracticables bajo el nuevo régimen, y manteniendo el principio de publicidad bajo una nueva forma. La ley de 19 de Septiembre de 1790 (art. 3) dice: «A contar del día en que los tribunales de Distrito queden instalados en los países de investidura las formalidades de desposesión y de posesión, *vest* y *devest*, *mise de fait*, *main-assise*, queja á la ley, y generalmente todas las que se relacionan con la investidura feudal ó censual, están y permanecerán abolidas; y, hasta nueva orden, la *transcripción* de los testimonios á los contratos de enajenación ó de hipotecas las substituirá y bastará, en consecuencia, para consumir las enajenaciones y constituciones de hipotecas.»

Esta es la primera vez que la palabra *transcripción* aparece en las leyes. Y es una asamblea, enemiga mortal del feudalismo, la que consagra, bajo este nombre, una institución feudal. Hé aquí otra vez á la mano de Dios en la vida de la humanidad. Es que había en la investidura otra cosa que la opresión feudal, había el principio de la publicidad. El legislador revolucionario abatió las formas, la envoltura del principio, y mantuvo éste. «Dichas inscripciones, dice el art. 4, se harán en las secretarías de los tribunales de Distrito, en la jurisdicción de los bienes, según el orden en que los testimonios de los contratos serán presentados, y constarán en un registro particular, y los secretarios estarán obligados á comunicar estos registros sin gastos á los que lo pidieran.»

27. La ley de 1790 era una ley transitoria y local, sólo

se aplicaba á los países de investidura. No es en una ley de circunstancias donde convenía sentar las fases de la legislación civil. La economía política, ciencia nueva nacida al finalizar el siglo XVIII, había concentrado sus primeros trabajos en la tierra que consideraba como la fuente de todas las riquezas. Hacemos á un lado las exageraciones de la secta de los economistas. Lo seguro es que tenía que ser favorable al principio de la publicidad porque favorecía la circulación de las propiedades inmobiliarias. La ley de 9 Mesidor, año III, organizó la publicidad sobre bases más amplias y en vista de imprimir á la circulación de los inmuebles la misma rapidez, á la vez que la misma seguridad, que á la translación de los valores muebles. Esto era querer lo imposible. No se puede movilizar el suelo.

La ley de Mesidor sólo tuvo una existencia corta. Fué reemplazada por la de 11 Frimario, año VII. Esta consagró y generalizó la publicidad bajo la forma de la transcripción. Transcribimos el art. 26 que más de una vez hemos tenido ocasión de citar: «Las actas translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas deben ser transcriptas en los registros de la conservación de hipotecas en cuya jurisdicción estén situados los bienes. Hasta entonces no pueden ser opuestas á los terceros que habían contratado con el vendedor y que se hubieran conformado á las disposiciones de la presente ley.» A la vez que toma el principio de la publicidad de las costumbres de investidura el legislador del año VIII lo restringía; no sujeta á la transcripción todas las actas que transfieren los derechos reales inmobiliarios sino sólo las actas que se refieren á bienes susceptibles de hipotecas. Estos son los términos restrictivos del art. 939 que los autores del Código Civil han tomado de la Ordenanza de 1735. La publicidad de costumbres era más lata, y desde que se admite la necesidad de hacer públicas las enajenaciones de inmuebles es menester que la publicidad sea gene-

ral y sin ninguna excepción; la semipublicidad es un contrasentido y no alcanza necesariamente el objeto que se propone.

28. Llegamos al Código Civil. Este consagra la clandestinidad romana (núm. 9). ¿Cómo pudo el legislador del siglo XIX desertar la tradición revolucionaria, que también era la tradición de la costumbre de la investidura? No se encontraba detenido, como Colbert, por las preocupaciones de casta; ya no había parlamentos ni nobleza. Por otra parte, no se trataba de una innovación; la publicidad que el Ministro de Luis XIV consideraba como un perfeccionamiento existía, funcionaba. ¿Había motivos para abolirla? La respuesta á nuestra pregunta no honra á los autores del Código Civil; lástima da decirlo, pero la verdad debe decirse.

El proyecto del Código fijado por la Sección de Legislación del Consejo de Estado contenía la disposición siguiente: «Las actas translativas de propiedad que no han sido transcriptas no pueden ser opuestas á los terceros que hubiesen contratado con el vendedor y se hubieran conformado á las disposiciones de la presente.» Esto era la reproducción de la ley de 11 Brumario, año VII (núm. 27). Cuando la discusión Maleville preguntó si resultaba de este artículo que un segundo comprador que hubiera hecho registrar quedaría investido de la propiedad en perjuicio del comprador más antiguo que no hubiera llenado esta formalidad. La afirmativa era evidente, puesto que el primero, no habiendo registrado su acta de adquisición, no es propietario para con los terceros y sólo lo es para con el deudor; por consiguiente, si lo vence un adquirente que registró sólo tiene una acción personal contra su vendedor. Esto es lo que contesta Treilhard, el Relator de la Sección de Legislación. Jollivet agregó que resultaba también del sistema de publicidad que el vendedor, una vez registrada

la venta, no podía ya gravar el inmueble con hipotecas; mientras que si el comprador no registra el vendedor, permaneciendo propietario para con los terceros, podía aún hipotecar el bien.

Son precisamente estas consecuencias, dice Tronchet, las que hacen *desastrosa* la disposición; tendría los *más funestos efectos*. Esta violenta crítica del principio de publicidad nos parece hoy inconcebible. Presentaré como *funesto y desastroso* un sistema que garantiza todos los derechos y todos los intereses; es decir, que la luz del Sol es una calamidad que nos quita de los beneficios de las tinieblas de la noche. ¿Qué tiene la luz de tan *funesto y desastroso*? Compro un inmueble bajo el imperio de una ley que me previene que si no registro no seré propietario para con los terceros; que, por tanto, mi vendedor permanece propietario para con los terceros y puede enajenar é hipotecar la cosa, lo que me expondrá á ser vencido por un segundo adquirente ó por un acreedor hipotecario. Encuentro bueno no registrar; tomo, pues, á mi cargo los peligros de la evicción. ¿Si soy vencido diré que la publicidad tiene la culpa de ese sistema funesto y desastroso? Esto no tiene sentido. Soy vencido porque no soy propietario para con los terceros, y no lo soy porque no llené las formalidades prescritas por la ley para serlo. ¿Tengo derecho de acusar á la ley cuando yo soy culpable de imprudencia y de negligencia? Tronchet dice: «Es imposible justificar una disposición que expone á tan grandes peligros el derecho sagrado de propiedad y que sacrifica un propietario legítimo á un adquirente nuevo, á un nuevo acreedor. ¿Acaso el que no obedeció á la ley tiene el derecho de quejarse de ella?

Se acusa á la publicidad de comprometer el derecho sagrado de propiedad cuando la publicidad es su salvaguardia y su garantía. Compro un inmueble, creo ser propietario de él. Y hé aquí que un primer adquirente se presen-

ta poseyendo un título secreto y me vence en virtud del *derecho sagrado de propiedad*, pues él es el propietario para con todos en virtud de un título que no puede conocer, puesto que permaneció oculto. En esta vez tengo el derecho de quejarme de la ley, que es la causa de mi evicción, pues si se me vence es por efecto de la clandestinidad de las transacciones inmobiliarias. ¿Quién se atreverá á comprar con el temor de ser vencido y sin tener ningún medio de evitar la evicción? Si compro estipularé un precio menor por temor del peligro que me amenaza. ¿Quién sufre en definitiva de la clandestinidad? El propietario que quiere vender. Es, por consecuencia, la clandestinidad la que es un sistema funesto para el derecho sagrado de propiedad. Supóngase que en lugar de vender el propietario quiere pedir prestado. Le presto una suma de 20,000 francos sobre hipoteca. Resulta que este propietario había enajenado el inmueble en el momento en que me lo hipotecaba. Cuando quiero ejercer mi derecho hipotecario se me dice que mi hipoteca es nula. Pierdo mi crédito. Esto es el efecto de la clandestinidad; facilita el fraude; y es para impedirlo por lo que desde el siglo XVI el legislador belga había ordenado la publicidad de las actas translativas de propiedad inmobiliar. ¿Y se nos viene á decir que un sistema que evita el fraude es un sistema funesto y desastroso! Si, puede volverse funesto para el adquirente que no cumple con la ley. Compro un inmueble y no lo registro. Mi vendedor permanece propietario para con los terceros y concede una hipoteca á un prestamista; éste puede vencerme por su acción hipotecaria. ¡Hé aquí, dice Tronchet, el derecho sagrado de propiedad comprometido! Si, está comprometido, pero por culpa del comprador; debe culpar no á la ley sino su descuido; si el legislador debe protección al derecho de propiedad no debe ninguno á la imprudencia.

29. Treilhard contestó á Tronchet. Su respuesta, tal cual

está relatada en las actas de Loaré, falta de precisión y claridad. Sin embargo, ella es decisiva. Las ventajas de la publicidad y los peligros de la clandestinidad son de tal evidencia que basta enseñar sus consecuencias para tocarlas con el dedo, pues son palpables. Lo acabamos de hacer; es, pues, inútil analizar el discurso de Treilhard. El Cónsul Cambacérès intervino también en el debate y, como de ordinario, no fué para ilustrarle; habló de las adquisiciones anteriores á la ley del 11 Brumario, año VII, diciendo que los derechos adquiridos podían ser desquiciados por una nueva ley. Treilhard había contestado de antemano que la disposición propuesta era extraña á las antiguas adquisiciones. Había otra respuesta que dar: es que Tronchet invocaba sin razón la no retroacción, porque en el caso no había derechos adquiridos. Traducimos á lo que fué dicho acerca del art. 2. Después el Cónsul Cambacérès hizo una crítica de pormenores que no se relacionaba al principio de publicidad. Suponía que el vendedor enajenaba un fundo que no le pertenecía, lo que, dijo, sucede frecuentemente en el campo, en que se hacen usurpaciones diarias; el Cónsul pidió que se dijera en la ley que la prescripción del contrato no transfiriera al comprador la propiedad cuando el vendedor no era propietario; esto no era dudoso. Estas proposiciones fueron adoptadas por el Consejo y el proyecto fué mandado á la Sección de Legislación para redactarlo en el sentido de las enmiendas del Cónsul. (1)

La publicidad propuesta estaba, pues, admitida en principio con dos explicaciones: que no perjudicaba á las antiguas adquisiciones y que no impedía al verdadero propietario reivindicar si el vendedor no era propietario de la cosa vendida. ¿Qué sucedió en la Sección de Legislación? ¿Rindió un informe y desechó el Consejo el principio de publicidad

1 Sesión del Consejo de Estado de 10 Ventoso, año XII, núm. 24 (Loaré, tomo VIII, p. 217).

después de nueva discusión? Si hay que atenerse á las actas de Loaré hay que decir: no hubo informe, ni discusión, ni voto. ¿Olvidó la Sección de Legislación el informe? Esta es la más probable suposición. Treilhard, el Relator, no brillaba por su exactitud. Troplong cree que hubo una mala inteligencia ó un escamoteo. (1) Una mala inteligencia se explica difícilmente, y mucho menos un escamoteo. La Sección de Legislación era quien había propuesto el principio de publicidad; su Relator lo habría defendido en el seno del Consejo de Estado. A ella tocaba reproducirlo, agregándole las modificaciones de Tronchet y de Cambacérès, que sólo eran explicaciones. Lo seguro es que la cuestión capital del régimen hipotecario se encontró decidida por el silencio del Código en el sentido de la clandestinidad, después de que el Consejo había adoptado implícitamente el principio de publicidad. Hay en esto un descuido inexcusable.

30. La clandestinidad no es un principio, es un vicio. Ni siquiera puede imputarse este vicio á los autores del Código, pues la clandestinidad no fué votada por el Consejo. Lo seguro es que este es el mayor defecto del Código Civil. Se apercibieron de ello en todos los países en los que la legislación francesa fué introducida; en todas partes el régimen hipotecario fué modificado en el sentido de la publicidad más ó menos lata de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. En Francia se hizo una instrucción en 1841 acerca de la revisión del régimen hipotecario; las cortes de apelación fueron consultadas y se pronunciaron por la clandestinidad romana; estas cortes fueron del Mediodía: las de Burdeos y de Tolosa. No sospechaban que la clandestinidad era un vicio del derecho romano. La publicidad es una cuestión de crédito y la idea del crédito no podía nacer en un pueblo guerrero que toma por misión conquistar y gobernar al mundo. Los proyectos de reforma hipo-

1 Troplong, *Privilegios e Hipotecas*, prefacio, pp. 13 y siguientes.

tecaria propuestos en Francia no prevalecieron, pero como todas las comisiones parlamentarias y gubernativas estaban acordes en admitir el principio de publicidad se desprendieron del proyecto de ley hipotecaria las disposiciones relativas á la transcripción. Este es el objeto de la ley francesa de 23 de Marzo de 1855. Publicada cinco años después de nuestra Ley Hipotecaria consagra el mismo principio, pero con modificación: que tienen que tenerse en cuenta, si se quieren aprovechar, las obras publicadas acerca de la materia. (1) Así como la jurisprudencia francesa.

1. Citaremos las más importantes:  
 Flandin, *De la transcripción en materia hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1861);  
 Moulón, *Tratado teórico y práctico de la transcripción*, 2 vols. en 8.º (París, 1862);  
 Troplong, *Comentario de la ley de 23 de Marzo de 1855 sobre la transcripción*, 2.ª edición, 1 vol. en 8.º (1864);  
 Verdier, *De la transcripción hipotecaria*, 2 vols. en 8.º (París, 1864);  
 River y Huguet, *Cuestiones sobre la transcripción en materia hipotecaria*, 1 vol. en 8.º (1856).



## CAPITULO II.

### DE LA TRANSCRIPCIÓN.

#### SECCION I.—De los actos sometidos á la transcripción.

##### § I.—EL PRINCIPIO.

31. ¿Toda acta que tengan los terceros interés en conocer debe ser transcripta? Nó, la ley define las actas para las que percibe la publicidad y sólo deben ser éstas las que se deban hacer publicas por vía de transcripción. Hay, además, otras actas que la ley somete á la publicidad, pero de diferente vía de la transcripción. En fin, las hay que sin interesar á los terceros se deben hacer publicas. De aquí se sigue que se debe uno atener estrictamente al texto para decidir cuáles deben ser transcriptas. Esto también está fundado en la razón. Cuando una acta está sometida á la transcripción y que no lo haya sido no se puede oponer á los terceros; la ley la considera como inexistente á su respecto. Y no pudiendo más que el legislador privar de su eficacia, con relación á los terceros, actas válidas entre ellos mismos y que producen todos sus efectos entre las partes contratantes. ¿Por qué el legislador quita á dichas actas todo su efecto con relación á los terceros? Esto es en interés general, el interés del crédito particular y público. Y sola la ley es el