

39. El art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria contiene aún otra restricción de mayor importancia: somete á la transcripción los actos *entre vivos*, translativos ó declarativos de derechos reales inmobiliarios. Por esto las adquisiciones por causa de muerte no deben hacerse públicas; tales son las sucesiones y los testamentos.

¿Por qué la ley no ha extendido á las sucesiones el privilegio de publicidad que por su naturaleza es un principio universal? Se concibe que las transmisiones mobiliarias no estén sometidas á ella (núm. 37), pero cuando se trata de sucesiones inmobiliarias parece que el registro público debía hacer conocer á los terceros que aquel con el que tratan posee tales inmuebles como heredero. En efecto, los terceros están interesados en asegurarse de si el poseedor de un inmueble es propietario; se necesita, pues, que conozcan sus títulos.

¿Posee como heredero? Será propietario si lo era su autor; se necesita, pues, que los terceros sepan quién es dicho autor y si él mismo tenía la propiedad de los inmuebles que ha transmitido á sus sucesores. Es así como los terceros, remontándose de un título á otro, adquieren la prueba de que el poseedor actual es propietario, al menos por efecto de la transcripción, y esto es en definitiva la única prueba que asegura los derechos del poseedor y de los que tratan con él, é importa á estos saber si el poseedor ha adquirido los bienes como heredero, puesto que á este título la posesión de su autor se liga necesariamente á la suya. El interés de los terceros en conocer la transmisión que se hace por vía de herencia no podría ser contestada. Queda por saber por qué, apesar de este interés, la ley no ha prescripto la publicidad de la adquisición de los inmuebles por sucesión.

Hay un primer obstáculo, y es invencible: que la transmisión se opera sin *acta*, es decir, sin un hecho jurídico del heredero, por el solo efecto de la ley. Y no habiendo *acta* la

transcripción es imposible. Es en este sentido en el que se debe entender lo que los autores de las nuevas leyes han dicho en Francia y en Bélgica para justificar el vacío que deja la publicidad de la situación inmobiliar de los propietarios de inmuebles; los registros públicos, se dice, la comprueban, y se encuentra que dichos registros ni siquiera mencionan la adquisición más importante, y muy frecuentemente la única que el poseedor haya hecho de inmuebles que tiene á título de heredero. Se contesta que es imposible hacer depender la transmisión de los bienes por vía de herencia de la formalidad de una transcripción sin amenazar el principio de que *la muerte pone al vivo en posesión*. (1) En realidad este principio nada tiene de común con la transcripción; se refiere á la transmisión de la *posesión* que se considera hecha por el que muere á su heredero; y la transcripción es extraña á la *posesión*, tiene por objeto la publicidad de los actos que transmiten la *propiedad*. Son, pues, verbosidades las frases que se leen en un autor que muy amenudo toma sus frases por razones: La sucesión siempre se ha considerado en Francia como operando una devolución de pleno derecho, y la máxima de que *la muerte pone al vivo en posesión* es una de las reglas esenciales de nuestra jurisprudencia. ¿Habría que retroceder hasta la *Edad Media germánica* para someter á la investidura al sucesor *ab intestato*? ¿Habría que quitar á la jurisprudencia francesa una de sus más *preciadas libertades* y romper esta condena de generaciones que se reemplaza una á otra como si hicieran un todo doméstico? (2) ¿Qué tiene que hacer la *libertad* en un debate en que se trata de dar á conocer á los terceros la filiación de la propiedad? ¿En qué rompería la publicidad el *encadenamiento de las generaciones*? Si la publicidad fuera posible el legislador habría debido prescribirla con el fin de com-

1 Informe de la comisión especial belga (Parent, p. 9).

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 205, núm. 36.

pletar el registro de las transcripciones que presentaría así la situación exacta de todos los propietarios de inmuebles. Lejos de *retrogradar* el legislador hubiera extendido y generalizado su reforma. Si no lo hizo es porque era imposible aplicar el sistema de transcripción á la transmisión de los bienes y por vía de herencia. En efecto, la transcripción supone una acta que el conservador copia; ¿dónde está esta acta en materia de la sucesión? No la hay. Es la ley; es la sangre, que transmiten los bienes del difunto á aquel que su grado de parentesco llama á ello; no hay en esto ninguna base en la que se pueda sentar una transcripción. El legislador hubiera debido conformarse con una declaración del sucesible; pero semejante declaración, como lo dice muy bien la comisión belga, no hubiera formado en favor del sucesible un título contra el verdadero heredero. El legislador tuvo que detenerse ante lo imposible.

40. Sin embargo, en Bélgica y en Francia se comprendió cuán útil sería á los terceros conocer el hecho de la transmisión de tales inmuebles á tales herederos. Interés de curiosidad, dice el Sr. Troplong. La comisión belga ha contestado de antemano esta frívola objeción. «La comisión ha pensado, dice el Relator, que un registro público que diera á conocer á los terceros las instancias que se operaran por defunciones presentaría un cierto grado de utilidad, dando un medio de remontarse al conocimiento de todos los propietarios sucesivos de un bien. Para alcanzar este objeto bastaría indicar en las declaraciones de sucesión los inmuebles por secciones y números bajo los que figuran en la materia del contrato, y prescribir á los conservadores llevar, independientemente de los libros actuales, un registro en el que se inscribieran las declaraciones de sucesiones respectivas y de las que el receptor de los derechos de sucesión tendría que darles una copia.» Si la comisión no formuló esta proposición en artículos de ley es que pensaba que la

medida, siendo puramente administrativa, estaría mejor colocada en una ley acerca de los derechos de sucesión.

La comisión de 1849 instituida en Francia por el Guarda Sellos hizo la misma proposición y la formuló en su proyecto. Se lee en el informe de esta comisión: «La convicción de que sin la publicidad de todas las mutaciones, de todos los establecimientos de propiedad inmuebles, de cualquiera fuente que proceda, no se podría contar con el verdadero desarrollo del crédito, nos hubiera conducido á extender la obligación del registro hasta las sucesiones *ab intestato*, si esto hubiera sido posible; pero el primer elemento de esta formalidad hacía falta. No tenemos acta que sometes á la transcripción. La naturaleza de las cosas se demostró aquí más fuerte que la lógica y hemos tenido que renunciar á perseguir hasta allí las consecuencias. Pero hemos querido comenzar á abrir la vía de una publicidad universal, imponiendo á los receptores del registro, á quienes deben ser hechas las declaraciones de sucesión, la obligación de dar conocimiento inmediato de la mutación que acababa de operarse con el objeto de que pudiera mencionarse en el registro de la transcripción. Esto sólo será, sin duda, un aviso al que no podrán ligarse para con los terceros los efectos legales del registro; pero este aviso podrá serles útil y esto basta para que se exija su mención en los libros del conservador y en los estados que se pidieran á este último.» (1)

Estas proposiciones no tienen éxito ni en Francia ni en Bélgica. Parece que lo que impidió aquí que el Gobierno le diera curso fueron las dificultades de ejecución y el inconveniente de complicar con nuevas escrituras los archivos ya muy complicados de los registros públicos. (2) Simples dificultades de hecho no debieron haber suspendido la ejecu-

1 Flandín, *De la transcripción*, t. I, p. 9, núm. 13.

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 32, núm. 14.

ción de una medida que hubiera completado la publicidad á la que el crédito público está tan esencialmente enlazado.

41. Los testamentos son también actas por causa de muerte; por consiguiente, dispensados del registro. ¿Por qué razones? Esta es una nueva excepción al principio de la publicidad y un nuevo vacío; resulta que los libros del conservador no mencionan ninguna transmisión hereditaria; de modo que no dan á conocer la más importante transmisión, y también la más usual, puesto que tiene necesariamente lugar al morir cada propietario. No puede decirse de los testamentos lo que hemos dicho de las sucesiones *ab intestato*: que su publicidad es imposible porque no hay testamento sin acta; y de hecho había costumbres que prescribían los deberes de ley para las sucesiones testamentarias. Aun hay más: el mismo Código prescribe la publicidad de las substituciones fideicomisarias permitidas cuando se efectúan por acta de última voluntad, tanto como cuando se hacen por donación entre vivos. El art. 1069 dice: "Las disposiciones por actas entre vivos ó testamentarias con cargo de restitución serán publicadas: á saber, en cuanto á los inmuebles; por la transcripción en el registro de hipotecas del lugar de su ubicación, y en cuanto á las sumas colocadas con privilegio en inmuebles, por el registro de los bienes afectados del privilegio." Hé aquí una anomalía, y es tal que se tiene que preguntar si esta disposición no está abrogada por la Ley Hipotecaria. Es de principio que la Ley Hipotecaria no deroga el Código Civil, sólo que el título *De las Hipotecas* está substituido por la nueva ley; sin embargo, este principio no es absoluto, como lo vamos á ver al tratar de las donaciones. Lo que nos conduce á admitir que la Ley Hipotecaria no abroga el art. 1069 es que esta disposición pertenece á una materia enteramente especial y fué promulgada por motivos también especiales; trasladamos acerca de este punto á lo dicho acerca de las sub-

stituciones fideicomisarias; esto es, pues, una excepción al derecho común, y con este título puede subsistir junta con este derecho. En regla general el registro de los valores muebles no está sometido á la publicidad, mientras que el art. 1069 prescribe la publicidad de los capítulos garantizados por un privilegio. Esta nueva excepción confirma lo que acabamos de decir: es que la materia de las substituciones es enteramente especial y que, por consiguiente, las excepciones que hay en ella pueden coexistir con la regla establecida por la Ley Hipotecaria. Esta es la aplicación del principio de que una ley general posterior á una ley especial no deroga á ésta. (1)

42. Lo seguro es que estando la publicidad consagrada por el Código Civil para los testamentos en materia de substitución es tanto más difícil explicar la regla contraria admitida por los autores de nuestra Ley Hipotecaria. La Comisión del Senado ha motivado como sigue la excepción que la nueva ley ha hecho al principio de la publicidad en lo relativo á testamentos. (2) Distingue entre los legatarios que están en posesión y los que deben pedir la entrega. Los legatarios en posesión están en todo asimilados á los herederos legítimos; si no se ha prescrito la publicidad para la transmisión de bienes *ab intestato* por razón del principio de la posesión se debe por identidad de motivos extender la misma excepción á los legatarios universales que están en posesión. Esta primera razón no es concluyente. Es menos por causa de la posesión que por causa de la imposibilidad de registrar cuando no hay acta que transcribir por lo que se ha dispensado de las sucesiones *ab intestato* del registro (núm. 39). Hay, pues, que apartar la posesión. La Comisión del Senado no disimuló que la clandestinidad tenía

1 Martou. *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 33, núm. 1.

2 Informe de la Comisión del Senado (Parent, p. 395).

grandes inconvenientes. Si el heredero legítimo ó el legatario universal en posesión disponen de un buen legado venden la cosa ajena; la venta es nula, el legatario puede reivindicar y el tercer adquirente será vencido, sin que haya podido conocer la existencia del legado. Por contra, la necesidad de publicar las disposiciones testamentarias hubiera comprometido los derechos de los legatarios. Hay respecto á la publicidad una gran diferencia entre el legatario y el adquirente entre vivos, comprador ó donatario; éste es parte en el contrato, sabe que si no lo registra no será propietario para con los terceros; sus intereses están garantizados por sólo que está en condición de resguardarlos. No sucede lo mismo con el legatario; puede ignorar, é ignora amenudo, la existencia del testamento; el heredero que encuentra el acta entre los papeles del difunto dilata en darla á conocer y dispone mientras tanto de los bienes legados. Si se admite como principio que el legatario no es propietario para con los terceros sino por la transcripción no tendrá ninguna acción contra los terceros adquirentes de los bienes que le pertenecen, y su acción contra los herederos puede ser ineficaz si éstos son insolventes. El sistema de la publicidad conducía, pues, á despojar al legatario, sin que le fuera posible conservar sus derechos. La consideración es grave, pero no es decisiva. En efecto, se prevalece de un caso excepcional que se presentaría raramente para derogar el principio de la publicidad que es de interés general.

La Comisión del Senado añade que los intereses de los terceros no corren gran peligro, aun en el sistema de la clandestinidad, porque la jurisprudencia se inclina á mantener las actas hechas por el heredero aparente cuando los terceros son de buena fe. Esto es verdad para la jurisprudencia francesa, no lo es para la jurisprudencia de las cortes de Bélgica, y en nuestro concepto esta última tiene razón. El he-

redero verdadero es el único propietario; puede, pues, reivindicar los bienes que le pertenecen contra los terceros á quienes el heredero aparente los haya vendido. Resulta que las acciones de repetición de herencia vienen á perturbar las relaciones civiles. Esta es una de las razones que habían inclinado á la comisión francesa á proponer la publicidad para los testamentos, pero esta proposición no fué admitida. (1)

43. El sistema de publicidad por vía de transcripción sólo se aplica á las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios y á ciertos arrendamientos. Hay otras actas que interesan á los terceros y de las que el legislador no prescribió el registro. Tal es la anticresis; la ley francesa la somete á la transcripción, la nuestra guarda silencio; hemos dicho en otro lugar que la anticresis no es un derecho real inmobiliario sino un simple derecho de crédito que el anticresista no puede oponer á los terceros. Desde luego era inútil hacerlo público.

¿La institución contractual debe registrarse? Ya hemos examinado la cuestión. La negativa está generalmente admitida. Sin embargo, los terceros que tendrían interés en la publicidad son los donatarios. ¿El legislador no consideró suficiente dicho interés ó es por olvido por lo que no habló de la donación de bienes futuros? Lo seguro es que en esta materia la publicidad es fácil de organizar, puesto que existe una acta auténtica.

Cuando un crédito hipotecario está extinguido por el pago ó por cualquier otro medio legal la hipoteca queda generalmente extinguida. Los terceros que tratan con el acreedor cuyo derecho está extinguido tendrían interés en conocer la extinción del crédito hipotecario. Diremos más adelante por qué el legislador no prescribió la publicidad.

1 Parent, p. 395. Compárese el informe hecho al Cuerpo de Legislativo por De Belleyme (Troplong, ps. 31 y siguientes). Mourlón, t. I, ps. 7 y siguientes.

de la liberación y cómo proveyó á los intereses de los terceros cesionarios.

La cesión de bienes no es translativa de propiedad, luego no necesita registrarse aunque comprendiera inmuebles. Sin embargo, hubiera sido útil para los terceros conocer la cesión, puesto que se admite que el deudor que la consintió no puede ya disponer de sus bienes directa ni indirectamente, en perjuicio de los acreedores á los que los abandonó. Si el legislador no prescribió la publicidad es probablemente por olvido.

§ II.—APLICACION.

Núm. 1. De las actas entre vivos á título gratuito.

44. El art. 939 somete al registro las donaciones de bienes susceptibles de hipotecas, y el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria dice: «Todas las actas entre vivos á título gratuito serán registradas.» De ahí la cuestión de saber si la nueva ley entendió mantener el art. 939 y los artículos siguientes que se refieren á ello, ó si abrogó todas estas disposiciones. La ley francesa de 1855 ha previsto la dificultad y la decidió en estos términos: «No se derogan las disposiciones del Código Napoleón relativas al registro de las actas de donación ó que contienen disposiciones con cargo de restitución; continuarán recibiendo su ejecución.» Nuestra Ley Hipotecaria no contiene ninguna disposición relativa á la abrogación de las leyes anteriores, salvo la del art. 1.º que dice que la Ley Hipotecaria substituye al título XVIII del libro III del Código Civil. ¿Quiere decir que todas las demás disposiciones del Código relativas á materias tratadas por la nueva ley están mantenidas? Tal ni fué, no tal pudo ser, la mente del legislador. Cuando la discusión de la ley en la Cámara de los Representantes se hizo notar así: «Hay, decía M. de Theus, disposiciones de varios títulos del Código

go que están cambiadas, especialmente del título *De las Sucesiones* y del título *De las Donaciones*.» El orador pidió que el Gobierno presentase la ley que puso en armonía las disposiciones de la Ley Hipotecaria con las del Código Civil; es decir, que modificase el Código Napoleón para ponerlo en relación con la Ley Hipotecaria. El Ministro de Justicia contestó que tal era la intención del Gobierno. (1) Esta intención no tuvo curso.

Resulta de esta discusión que la ley de 1851 deroga el título *De las Donaciones*, y una ley especial debía determinar el alcance de estas derogaciones en el silencio de la ley; al intérprete toca decidir según los principios generales del derecho. (2) Un primer punto es seguro: es que la ley belga no mantiene, como lo ha hecho la ley francesa, las disposiciones del Código acerca de la publicidad de las donaciones; hay derogación por confesión de los mismos autores de la ley. Este es un punto muy importante, pues aparta una objeción de principio. La materia de la abrogación de las leyes no está tratada en el Código, se ha abandonado á la doctrina. Y la doctrina ha sentado como regla que las leyes generales posteriores no derogan las leyes especiales anteriores; esta regla está fundada en los principios que rigen la abrogación tácita. Sólo quedan abrogadas por una nueva ley: las disposiciones de las leyes antiguas, que son incompatibles con la última expresión de la voluntad del legislador. La cuestión está, pues, en saber si una ley general es incompatible con una ley especial; y la negativa es segura, puesto que la excepción puede muy bien coexistir con la regla. Si se aplicara este principio á la Ley Hipotecaria se podía inducir que deja subsistir las disposiciones del Código Civil acerca de la publicidad de las donaciones. Pero esto sería aplicar mal el principio que acabamos de

1 Delebecque, *Comentario legislativo de la ley de 1851*, p. 1, núm. 1. Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 33, núm. 17.

2 Compárese el t. XII de estos *Principios*, núm. 370.

recordar. La abrogación tácita es esencialmente una cuestión de intención; siendo la voluntad del legislador soberana puede por una ley general derogar una ley especial, y esta intención es muy natural cuando la ley especial consagraba una publicidad incompleta, como lo hacía el Código Civil, mientras que la ley general establece un sistema completo de publicidad. ¿No es lógico que la forma de la antigua legislación se extienda á las disposiciones excepcionales é incompletas que el legislador quiso generalizar perfeccionándolas? Un nuevo sistema de publicidad completa reemplazará necesariamente todas las antiguas disposiciones que organizaban una publicidad incompleta.

45. Esta intención del legislador belga no sólo resulta de la discusión que tuvo lugar acerca del art. 1.º; M. de Theux y M. Tesch, el Ministro de Justicia, sólo hicieron constar la abrogación que resultaba de las disposiciones de la nueva ley; la abrogación está claramente consagrada por el art. 1.º de la ley. Si el legislador belga hubiera entendido mantener los arts. 939 y siguientes no hubiera mencionado las donaciones en el art. 1.º; las hubiera pasado en silencio, como lo hizo el legislador francés; lo que conduce tácitamente á mantener el Código Civil. Nuestra ley, al contrario, al establecer el principio de la publicidad comienza por aplicar el principio á las actas entre vivos á título gratuito; disposición enteramente inútil si la mente de los autores de la ley hubiera sido mantener el art. 939 y los artículos que dependen de éste. La disposición hubiera sido más que inútil, pues hubiera resultado una antinomia entre la Ley Hipotecaria y el Código Napoleón. Esto es el punto decisivo del debate.

El art. 939 reproduce los términos de la ley de 11 Brumario, año VII, no establece una publicidad completa de todas las transacciones inmobiliarias á título gratuito; la transcripción sólo se debe hacer cuando la donación tiene

por objeto bienes susceptibles de hipoteca. ¿Por qué esta restricción á la publicidad cuando por su esencia ésta es universal? La restricción nos enseña la intención del legislador: sólo tuvo presente el interés de los terceros acreedores que estipulan una garantía real; y es evidente que los acreedores hipotecarios no están interesados en que se hagan públicas las mutaciones de bienes que no se pueden hipotecar. Hé aquí por qué el legislador francés limitó la publicidad á los bienes susceptibles de hipoteca. Dicha restricción no se encuentra ya en el art. 1.º de la ley belga que sólo exige una cosa: que se trate de derechos reales inmobiliarios, cualesquiera que sean; por lo demás, dichos derechos pueden ser ó no hipotecables. La diferencia es característica, revela otro espíritu, una tendencia más limitada. Nuestra Ley Hipotecaria prescribe una publicidad completa para la donación tanto como para los actos á título oneroso. ¿Cómo se quiere que una ley que ordena la publicidad de todas las donaciones coexista con una ley que limita la publicidad á ciertas donaciones? Hay incompatibilidad entre la antigua ley y la moderna, luego el Código Napoleón está abrogado por la Ley Hipotecaria.

46. Esto no es muy dudoso en lo que se refiere á la restricción que resulta de las palabras del art. 939: *bienes susceptibles de hipoteca*. ¿La donación de un derecho de uso ó de habitación, la donación de una servidumbre, debe ser transcripta? No, conforme al Código Civil. Sí, conforme á la ley de 1851. El no y el sí son incompatibles. Luego la nueva ley abroga á la antigua. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. ¿Por qué ella establece una publicidad más extensiva? Para hacer conocer á los terceros los cambios mobiliarios que puedan interesarles. ¿Y un tercero adquirente, aun el tercero acreedor hipotecario, no tienen interés en conocer la existencia de un derecho de uso tanto como la de un derecho de usufructo? ¿Y se les debe dejar que