

existencia no puede ser desconocida. Este mandato, además, debe participar de la naturaleza del acta á la que es relativo y, por consiguiente, es indispensable que esté revestido, como esta última, del carácter auténtico que sólo asegura su sinceridad de un modo incontestable.» (1) Esto era una simple opinión enunciada por el Relator; la Comisión del Senado creyó que valía mejor formular el principio en la ley. (2) En su informe acerca de la reforma adoptada por el Senado M. Lelièvre dice que el principio no es dudoso, que ya Merlin lo había enseñado en términos enérgicos que cree deber relatar. Haremos lo mismo. Merlin es poco leído por nuestros jóvenes estudiantes; ya se ha hecho antiguo, pero este anciano es, con mucho, superior á los modernos:

«La forma del mandato está necesariamente subordinada á la forma esencial del acto que tiene por objeto; y si este acto es de naturaleza á exigir para su perfección la intervención de un oficial público es necesario igualmente que un oficial público intervenga en el mandato. El art. 933, que exige la autenticidad del poder para la aceptación del donatario, no debe considerarse como una excepción á la pretendida disposición absoluta del art. 1985 sino como una aplicación de esta regla de buen sentido; que el poder, siendo el principio del acto é identificándose con él, no puede ser dado privadamente cuando el acto mismo sólo puede ser hecho bajo la forma auténtica.» (3)

131. Una circular ministerial de 22 de Mayo de 1852 no tuvo en cuenta esta fuerte argumentación y admite que la transcripción puede tener lugar aunque el mandato sea verbal. El motivo que alega es aún más extraño que la doctrina: sólo cuando las partes dan poder por escrito es cuan-

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 187).

2 D'Anethán, informe (Parent, p. 399. Martou, t. I, p. 145, núm. 120).

3 Merlin, Repertorio, en la palabra *Hipoteca*, sec. II, pfo. 2, art. X.

do deben hacerlo por acta auténtica; pero quedan libres para dar un mandato verbal, según los términos del artículo 1985. Esta es una opinión, mejor dicho, un error que basta exponer para refutarlo. ¡Y qué! la ley ordena que la convención conste en acta auténtica si las partes quieren registrarla; ¡y uno de los elementos esenciales de la convención, el consentimiento de una de las partes, podría darse sin ninguna forma! Esto es como si se dijera que la hipoteca y la donación pueden hacerse verbalmente. Inútil es insistir. (1)

132. ¿Debe aplicarse á la autorización marital lo que la ley dice de los poderes? La cuestión está controvertida. Uno de nuestros mejores autores se pronuncia por la afirmativa porque, dice, hay igual motivo para decidir. (2) La analogía es amenudo un argumento engañoso. ¿No será aquí el caso? Grande es la diferencia entre el poder dado para consentir y la autorización que cubre la incapacidad de la mujer. Sin poder no hay consentimiento, luego no hay acta y, por tanto, no hay transcripción posible; mientras que la autorización es extraña á la convención, es una medida de protección y un acto de potestad marital; sin duda la convención contratada sin autorización puede ser anulada, pero existe, produce sus efectos mientras no está anulada; puede y debe ser transcripta, aunque no hubiera autorización; con más razón debe serlo si la autorización fué dada y si sólo está viciada en la forma, suponiendo que la forma antes bien esté requerida. No entraremos en los pormenores de la controversia por haber sido tratada ya (t. III, núm. 119).

133. ¿Las actas hechas en el extranjero pueden ser transcritas en Bélgica? Un primer punto es cierto: que la ley

1 Martou, Comentario, t. I, p. 147, núm. 121.

2 Martou, Comentario, t. I, p. 151, núm. 127. En sentido contrario, Casier, Estudios, p. 57, núm. 47, y Oloez, Comentario, t. I, p. 74, núms. 146 y 147.

R. de D. TOMOXXIX—22

que prescribe la transcripción es un estatuto real que se aplica á los inmuebles situados en territorio belga, cualesquiera que sean los propietarios de dichos inmuebles, belgas ó extranjeros. Nos trasladamos acerca de este punto á lo dicho en el primer libro en el art. 3^o (t. I, núm. 102). La forma de las actas admitidas á la transcripción es, igualmente, un estatuto real, pues que si la ley no admite la transcripción más que en las actas auténticas es para consolidar la transmisión de la propiedad inmobiliar. Este, pues, no es el caso para aplicar la regla según la cual las formas de las actas se determinan por la ley del lugar en que se tira el acta; esta regla sólo se refiere á las formas instrumentarias que tienen por objeto asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes; y la autenticidad de las actas que deben ser transcriptas nada tiene de común con la expresión de la voluntad de las partes; tiene únicamente por objeto hacer estable la adquisición de la propiedad. Lo que es decisivo.

Queda por saber cuándo una acta recibida en el extranjero será auténtica. Aquí el adagio *Locus regit actum* vuelve á tomar su imperio. La Ley Hipotecaria lo aplica á las hipotecas consentidas en países extranjeros; estas hipotecas son válidas con tal de que se hayan constituido por acta auténtica, pero no tienen efecto en Bélgica más que cuando las actas hayan sido visadas por el presidente del tribunal del lugar de los bienes. "Este magistrado, dice el art. 77 está encargado de comprobar si las actas reúnen todas las condiciones necesarias para su autenticidad en el país en que se recibieron." Este principio se aplica también á las actas sometidas á la transcripción que han sido tiradas en países extranjeros, en el sentido de que son admitidas á la transcripción en Bélgica si se han recibido conforme á las leyes del país del que proceden. ¿Pero se necesita que el presidente la visa? Generalmente se admite la negativa. Esta

formalidad, se dice, está requerida para que el acta sea ejecutoria, y la transcripción no es una acta de ejecución forzada, es una simple publicidad de una acta auténtica. ¿Quién comprobará si las formas prescriptas por la ley extranjera han sido observadas? ¿Es el presidente del tribunal, conforme al art. 77? Nó; las formalidades no se extienden de un caso á otro por vía de analogía. Se debe, pues, decidir que el conservador de hipotecas debe hacer dicha comprobación. (1) Esta doctrina nos deja alguna duda. Desde luego no admitimos la interpretación que se da al art. 77; en nuestro concepto esta disposición es extraña á la fuerza ejecutoria del acta; la formalidad de la rúbrica está requerida para que el acta sea reputada auténtica en Bélgica; es decir, para que la hipoteca exista como acta solemne. El principio establecido por el art. 77 es, pues, que la hipoteca no es una acta solemne sino en virtud de la rúbrica. Y la transcripción tampoco se puede hacer sino en virtud de una acta auténtica. ¿Se concibe que una acta recibida en el extranjero valga en Bélgica para la transcripción sin la rúbrica, mientras que podría ser incripta sin dicha formalidad? ¿Conservaría por esto el privilegio del vendedor y no conservaría la hipoteca de un acreedor hipotecario? ¿Habría una anomalía inexplicable? Sin duda las formalidades no se extienden de uno á otro caso; pero en la especie se trataba de una sola y misma formalidad, puesto que la inscripción y la transcripción son idénticas en el sentido de que constituyen la publicidad requerida para que los derechos reales inmobiliarios tengan efecto para con los terceros; ¿qué importa que esto se haga por vía de inscripción ó de transcripción?

En teoría esto nos parecería incontestable. Sin embargo, en el silencio de la ley el conservador no podría negarse á transcribir una acta que no estuviese revestida con la rú-

1 Casier, *Estudios*, p. 56, núm. 45. Martou, *Comentario*, t. I, p. 152, núm. 128.

brica del presidente, puesto que no hay ningún texto terminante que exija dicha formalidad. Entonces nace la cuestión de saber cuál sería el efecto de la transcripción. En nuestra opinión equivaldría á la transcripción de una acta cuya autenticidad no estuviera establecida y pudiera, por consiguiente, ser contestada. Las partes interesadas harían, pues, prudentemente en someter á la rúbrica del presidente las actas que quisieran presentar á la transcripción.

Aquí surge nueva dificultad. ¿Podría el presidente negarse á visar? En rigor sí, puesto que ninguna ley le da la misión de visar las actas sometidas á la transcripción. ¿Pero no sería esto apegarle servilmente á la letra de la ley? Si se admite que una acta no es auténtica en Bélgica más que en virtud de la rúbrica el presidente debe tener calidad para rubricar las actas recibidas en el extranjero, sin distinguir si dichas actas están sometidas á la inscripción ó á la transcripción; si hay duda ó sólo contestación sobre la autenticidad del acta presentada al conservador éste obrará prudentemente transcribiéndola, pues que no es juez de la validez de los actos que transcribe; si se niega sin motivos suficientes la parte interesada podrá promover judicialmente contra él para obligarlo á transcribirla y pedir los daños y perjuicios. Esto nos conduce á examinar cuál es el derecho ó el deber del conservador en lo que se refiere á la transcripción de las actas que se le presentan.

134. ¿Debe el conservador de hipotecas transcribir todos los actos de los que se le pida transcripción? Se supone que el acta no debe de ser transcripta ó que no puede serlo porque no presenta las condiciones de forma exigidas por el artículo 2. La cuestión está controvertida y la solución es dudosa. En principio el conservador no debe transcribir más que los actos que, conforme á la ley, deban serlo y que conforme al art. 2 están admitidos á la transcripción. El art. 130 lo dice implícitamente: "En ningún caso los con-

servadores pueden negarse á la transcripción, bajo pena de daños y perjuicios para las partes" (art. 199). Este artículo supone que el conservador se niega á transcribir una acta de la que las partes tienen el derecho de exigir la transcripción, puesto que la ley somete al conservador á los daños y perjuicios, y ciertamente no habría lugar á ellos si el conservador se negase á operar una transcripción que las partes no tienen el derecho de requerir. Lo que prueba que su negativa sola á transcribirlas no hace responsable al conservador. Desde luego no se puede decir que esté obligado á transcribir toda acta que se le presente. (1)

Se presenta al conservador una acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios: ¿está obligado á transcribirla? No, puesto que esta acta no debe ser transcripta y el conservador no puede estar obligado á transcribir todas las actas que plazca á una persona hacer transcribir. Además la negativa no daría lugar á responsabilidad, puesto que no puede resultar ningún daño de la no transcripción de una acta que la ley no ordena se transcriba.

Se presenta al conservador una acta que, conforme al artículo 1^o de la Ley Hipotecaria, debería ser transcripta, pero no tiene los caracteres requeridos por la ley; es una acta privada, por ejemplo. ¿Debe transcribirla el conservador? No, pues que las actas privadas no están admitidas á la transcripción. La negativa del conservador no lo haría responsable, puesto que no puede resultar ningún daño.

En el caso que acabamos de suponer la decisión no es dudosa, puesto que el conservador obra en virtud del texto de la ley. Desde que hay duda, la prudencia ordena al conservador transcribir, puesto que no es él el juez de la cuestión de saber qué acta debe ser transcripta y cuál no lo puede

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 73, núm. 50. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 26, núm. 40. Compárese Delebecque, *Comentario*, p. 37, núm. 29. Sobre la doctrina francesa véase Moulón, *De la transcripción*, t. I, p. 431, números 215 á 217.

ser: es el tribunal; al transcribir el acta no compromete ningún interés, mientras que al negarse á transcribir puede causar un perjuicio al que requiere la transcripción; y el art. 130 lo declara responsable de su negativa desde que resulta un daño. Volveremos sobre el principio de la responsabilidad en el capítulo sitio de la materia.

135. ¿Puede suceder que el conservador transcriba una acta nula en la forma ó en el fondo? ¿Cuál sería el efecto de la transcripción? La transcripción no valida el acta; queda como estaba. Esto es de evidencia. Si, pues, el acta era nula en el fondo, mejor dicho, si la convención comprobada por el acta era nula, quedaría nula y, por consiguiente, no habrá mutación inmobiliar. Si el acta era solamente nula en la forma en el sentido de que no presentaba los caracteres exigidos por la ley puede ser admitida á la transcripción, esta sería nula y, por consiguiente, el acta no podría ser opuesta á los terceros. ¿Pero cuándo será nula la transcripción? La ley no prevee la dificultad, no pronuncia la nulidad. Si se la admite no puede ser más que una nulidad virtual; es decir, una nulidad fundada en la voluntad tácita del legislador; y dicha voluntad se induce por la naturaleza del acta y de la importancia de las formalidades que la ley prescribe. Para apreciar esta importancia se puede invocar por analogía la disposición de la Ley Hipotecaria relativa á la nulidad de la inscripción. La analogía es incontestable, pues que la publicidad de las hipotecas y la publicidad de las actas declarativas ó translativas de derechos reales inmobiliarios, así como de los arrendamientos, tiene el mismo objeto: dar á conocer á los terceros la situación inmobiliar del propietario con el que tratan. En cuanto al principio establecido por la nueva ley (art. 85) resulta del objeto mismo que el legislador tuvo presente al prescribir la publicidad: quiso poner al corriente á los terceros y garantizarlos de todo perjuicio que les resultara de la ignorancia en que

están del acta que ha transferido la propiedad de un inmueble. Si la transcripción, aunque irregular, les ha mostrado lo que tenían interés en saber no pueden decir que están lesionados, el objeto de la publicidad está alcanzado; por tanto, no há lugar á prevalecerse de la irregularidad de la transcripción para provocar la nulidad. Si, al contrario, la irregularidad es de tal naturaleza que haya inducido á los terceros al error, y si esto les ha sido perjudicial, el objeto de la publicidad no está alcanzado; es decir, que los terceros podrán invocar la irregularidad para sostener que la transcripción es nula, que el acta se debe considerar como no haberse transcripto y, por tanto, que no les puede ser opuesta. La cuestión de nulidad se convierte también en un asunto de perjuicio, luego una cuestión de hecho. No bastará con que los terceros prueben que la transcripción es irregular sino que es menester que prueben que la irregularidad les ha sido perjudicial. (1)

Supongamos que el conservador haya transcripto una acta recibida en el extranjero creyéndola auténtica y no siéndolo. La transcripción es irregular: ¿resulta que es nula? Nó; si el acta transcripta hiciese conocer de una manera clara y exacta la convención que debía ser transcripta el tercero que consultara el registro de las transcripciones tendría conocimiento completo de lo que le interesa conocer: que tuvo lugar una venta; si se prevalece de la irregularidad de la transcripción y trata, sin embargo, con el propietario es de mala fe; y los terceros culpables de fraude no pueden invocar la falta de transcripción.

Si, al contrario, el conservador hubiese transcripto el acta de depósito de un escrito privado y que la transcripción no hiciese conocer al tercero que consulta el registro todas las cláusulas de la venta esta publicidad insuficiente lo induciría al error; si el error le es perjudicial puede preva-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 153, núm. 129.

leerse de la irregularidad para pedir la nulidad de la transcripción, pues que á su respecto la transcripción no alcanzó el objeto que la ley se propuso; luego debe considerarse como inexistente.

Si la transcripción es anulada el que ha hecho transcribir el acta se encontrará en pérdida; ¿tendrá una acción en daños y perjuicios contra el conservador? Si la irregularidad le es imputable; lo que sucedería muy rara vez, pues el conservador sólo está obligado á transcribir el acta que se le presenta. Puede, sin embargo, suceder que la copia sea incompleta por culpa suya ó de sus dependientes; en este caso será responsable. Volveremos al principio de la responsabilidad al explicar el capítulo que trata de la materia.

§ II.—¿CÓMO SE HACE LA TRANSCRIPCIÓN?

136. La ley (art. 1^o) quiere que el acta se transcriba *por entero*. No se hace siempre en esta forma la publicidad; las hipotecas y privilegios se hacen públicos por vía de inscripción y no contienen más que lo que la ley quiere que se mencione, menciones que deben ser inscriptas en un *bordereau* (expediente) conforme al que el conservador hace la inscripción; el *bordereau* lo redacta el requirente. También hay actas relativas á los derechos reales inmobiliarios, de los que la ley prescribe la publicidad por vía de inscripción; tales son las demandas en nulidad de una acta translativa de derechos reales inmobiliarios y las acciones recaídas sobre dichas demandas. ¿Por qué la ley no se ha contentado con una inscripción para la translación de derechos reales inmobiliarios así como para las actas declarativas y para los arrendamientos?

La cuestión ha dividido á los mejores espíritus en Bélgica y en Francia. Se ha dicho en favor de la inscripción que es un sistema menos repugnante y más fácil; las actas que se copian por entero son frecuentemente muy grandes;

por consecuencia, la publicidad se hace dispendiosa, lo que puede comprometer á las partes interesadas á no transcribirlas en su perjuicio,

La transcripción completa de los actos aun tiene otro inconveniente: aglomera los archivos del conservador y, por consiguiente, hace las revisiones más difíciles y menos seguras. Pero la inscripción presenta también peligros que la han hecho desechar en Francia y Bélgica. Si se confiara á las partes interesadas la redacción del *bordereau* su ignorancia ó la incuria de aquellos á quienes encargan este cuidado conducirá á inscripciones irregulares, y la nulidad de la inscripción tendrá este resultado desastroso: que el adquirente no será propietario para con los terceros; la nulidad de las inscripciones hipotecarias ha arruinado á muchos; la nulidad de las transmisiones inmobiliarias será aún más ruinosa. ¿Se confiará la redacción de la inscripción al conservador de hipotecas? Esto sería imponerle una espantosa responsabilidad y casi imposible. La transcripción evita estos peligros y es de ejecución fácil; es un trabajo material del que es fácil comprobar la regularidad. (1)

137. Ahora debemos precisar lo que la ley entiende por *transcribir por entero*. El objeto que la ley tuvo presente determina el asunto: no quiere extracto analítico, es decir, análisis del contrato sometido á la transcripción, porque este resumen podría inducir al tercero al error en vez de ilustrarlo. Cuando, pues, el contrato que debe ser transcripto es único debe ser copiado tal como ha sido redactado por el oficial público que lo recibió, no sólo sin cambiarle nada sino tampoco reduciéndolo. (2) Si el acta sujeta á la transcripción contuviera varias convenciones no debe ser nece-

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 107). Compárese Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 439, núm. 218.

2 Troplong, *De la transcripción*, p. 283, núm. 124. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 442, núm. 219.

sariamente transcripta toda; cada convención forma un hecho jurídico distinto; luego depende de las partes interesadas hacerlas transcribir separadamente; puede también mandarse transcribir una y otra no, no siendo obligatoria la transcripción. Puede también suceder que una de dichas convenciones no esté sujeta á la transcripción; en este caso se dividirá el acta y sólo se transcribirá la convención que por su naturaleza deba hacerse pública. Tal sería la venta de una casa y de su mobiliar con distintos precios para ambos. Dicha acta contiene dos ventas, una mobiliar y otra inmobiliar; la primera no debe de ser transcripta, la segunda únicamente está sometida á la transcripción; está permitido en este caso dividir el acta; sólo se transcribirá la parte referente á la venta inmobiliar; transcribiendo esta parte por entero se satisface á la ley; sería, al contrario, traspasarla y violarla el transcribir una venta mobiliar que no tiene que ser publicada. Asimismo si una venta inmobiliar se hiciera en varios lotes cada lote es objeto de un contrato separado aunque el notario redacte sólo una acta; toca á los terceros adjudicatarios transcribir su adquisición, si quieren. Cada venta será, pues, transcripta aparte, sin que aquel que requiera la transcripción esté obligado á mandar transcribir las demás ventas; lo que la ley exige es que la parte del acta relativa á la convención que el comprador quiere hacer pública esté transcripta por entero. Todo el mundo está de acuerdo acerca de esta disposición. (1)

138. Síguese de esto que el conservador debe transcribir, si se le pide, una sola parte de una acta si ésta contiene una convención distinta. Pero podría y debería negarse á transcribir un extracto analítico del acta que, según la ley, debe transcribirse por entero. El conservador debe obedecer á la ley y es reponsable si la viola, y esta violación cau-

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 76, núm. 53 y p. 75, núm. 51. Casier, *Estudios*, p. 40, núm. 24. Mourlón, *De la transcripción*, t. I, p. 442, núm. 220.

sa un perjuicio á un tercero. Y la ley quiere que el acta esté transcripta por entero; transcribir un extracto sería violar la ley, y si el extracto hubiera inducido al error á un tercero éste tendría una acción por daños y perjuicios contra el conservador. La cuestión se presentó bajo el imperio del Código Civil que prescribía la transcripción como preliminar de la fuerza; el art. 2181 exigía también que el acta fuera transcripta por entero; fué sentenciado que el conservador podía negarse á transcribir un extracto analítico. (1)

139. La transcripción por entero presenta otra dificultad: si hay piezas accesorias anexadas al acta, tales como poderes, autorizaciones, ¿estas piezas deben ser también transcritas? La cuestión se ha presentado ante la Corte de Casación de Bélgica. Descansa en el principio de que las actas que forman un elemento del título translativo de propiedad deben ser transcriptas cuando son parte integrante del acta, la que no estaría completa sin este accesorio; pero si se trata de un documento que, aunque relacionándose con la convención, no es parte esencial de ella no tiene que transcribirse. Este principio se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 1.º de la Ley Hipotecaria quiere que se transcriban por entero las actas translativas de propiedad, luego la convención por la cual la propiedad está transferida; todos los elementos de la convención deben, pues, ser hechos públicos, pero las piezas que no son relativas á un elemento de la convención no tienen que ser transcriptas. Se ha objetado contra la transcripción la aglomeración que resultaría de ella en los archivos del conservador de hipotecas; esto es una razón decisiva para no transcribir documentos sin los que la convención es completa, puesto que esto sería recargar los archivos con escrituras muebles en este sentido: que se encuentran depositados en otra parte y que

1 Véanse los testimonios en Martou, *Comentario*, t. I, p. 73, núm. 50.