

¿Se aplican estos principios á las actas á título oneroso? Lo que acabamos de decir contesta á la cuestión. La ley sólo aplica los principios generales; es, pues, general por su naturaleza. Se debería haber decidido la cuestión en este sentido, aun en el silencio de la ley; luego no hay ninguna distinción que hacer entre las donaciones y las actas á título oneroso.

156. Las partes cuyos derechos perecen por falta de transcripción se disculpan con el notario ó intentan contra él una acción en daños y perjuicios. Este recurso rara vez tiene éxito. Es cierto que los notarios, en virtud de sus funciones, no están encargados de transcribir; (1) lo que lo prueba hasta la evidencia es que la transcripción no es una obligación para las partes; ¿para qué sería una obligación para los notarios? Sin duda que éstos son los consejeros de las partes, sobre todo cuando se trata de una nueva ley que aun no ha entrado en nuestras costumbres; su deber es ilustrar á las partes contratantes, hacerles conocer los peligros á que se exponen si no llenan la formalidad que la ley prescribe para que el adquirente se haga propietario con respecto á los terceros. Pero una cosa es el deber moral del consejero y otra es la obligación legal de hacer lo que se aconseja y la responsabilidad á que está ligada. ¿Cómo se quiere que el notario sea responsable por no haber transcrito cuando las partes son libres de no transcribir? A ellas corresponde decidir si habría ó no transcripción; les corresponde, pues, á ellas proceder, y si quieren que lo haga el notario deben darle mandato á este respecto. (2)

La gran dificultad en esta materia es saber cuándo hay mandato. El mandato puede ser tácito; y se admite muy fácilmente un mandato tácito dado al notario cuando las

1 Troplong, *De la transcripción*, p. 292, núm. 138. Compárese nuestro tomo XXVII, núm. 385 y el t. XIX, núm. 413.

2 Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1; 70).

partes, incapaces é ignorantes para resguardar sus intereses, se dirigen al oficial público para las medidas de prudencia y para las formalidades que deban asegurar sus derechos. Ya tratamos estos difíciles puntos en el título *Del Mandato* (t. XXXII, núms. 361-376). Los autores que especialmente se ocupan del régimen hipotecario están inclinados á imponer al notario la obligación positiva de ilustrar á las partes acerca de la necesidad de transcribir; lo que conduce á hacer al notario responsable si no ha cumplido con su deber. (1) Tal vez el legislador debiera haber hecho de este deber una obligación legal, pero no lo hizo. Se queda, pues, bajo el imperio de los principios generales relativos al mandato; en el silencio de la ley el notario no es responsable en esta calidad, sólo lo es como mandatario y toca á la parte que invoca el mandato probarlo.

#### SECCION IV.—Efecto de la transcripción.

##### § I.—PRINCIPIO.

157. La Ley Hipotecaria (art. 1.º) dice que todas las actas entre vivos, á título oneroso, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, serán transcritas y que hasta entonces no se podrán oponer á los terceros. Sucede lo mismo con los contratos de arrendamiento que excedan de nueve años ó contengan pago por cuando menos de tres años de renta. La transcripción sólo está requerida en interés de los terceros, no se prescribe entre las partes contratantes como condición de la translación de la propiedad ó de la validez del arrendamiento. Se debe, pues, distinguir la translación de la propiedad entre las partes y la translación de la propiedad respecto á los terceros. La Ley Hipotecaria no se ocupa de la translación de la propiedad entre las

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. 1, p. 81, núm. 61.

partes, únicamente porque no deroga el Código Civil, lo mantiene. Ya se sabe cuál es el sistema del Código, lo expresamos en el título *De las Obligaciones*. La propiedad se transmite por sólo el efecto del contrato, sin ninguna formalidad. Desde que hay concurso de consentimientos sobre la cosa y el precio el comprador se hace propietario y el vendedor deja de serlo. En la teoría del Código este principio se aplicaba también á los terceros; el comprador era propietario con respecto á todos desde que la venta fuera perfecta.

No sucede lo mismo después de la publicación de la Ley Hipotecaria. Tenemos dos leyes que establecen principios diferentes. Entre las partes la propiedad se transmite, en virtud del Código Civil, por el contrato. Pero propietario con respecto al vendedor el comprador no lo es con respecto á los terceros, no llega á serlo más que transcribiendo el acta de venta; hasta entonces no puede oponer su derecho á los terceros; es decir, que á su respeto no es propietario, es el vendedor quien continúa siendo propietario con respecto á los terceros. Tal es la consecuencia del principio de publicidad establecido por la Ley Hipotecaria. El acta de venta debe hacerse pública en interés de los terceros; si está transcrita el comprador no puede oponer su derecho á los terceros. Esta publicidad es ajena á las partes contratantes que necesariamente conocen el acta en que figuran.

La venta existe, pues, entre el vendedor y el comprador, aunque no esté transcrita, y produce todos los efectos que la ley da á los contratos translativos de propiedad; el comprador es propietario con respecto al comprador; si lo vende un tercero á quien no puede oponer su derecho de propiedad tendrá un recurso en garantía contra el vendedor; si los terceros no tienen ningún derecho sobre la cosa, anterior al suyo, su propiedad será tan estable como si hu-

bieran transcripto su acta de adquisición. La transcripción sólo es interesante cuando hay terceros en causa. (1)

Esto explica la negligencia de muchos de los adquirentes para transcribir; se creen propietarios y realmente lo son; es verdad que conforme á la ley no pueden oponer su propiedad á los terceros, pero esto supone un fraude del que se hace cómplice el vendedor, y el fraude siempre es una excepción. Agreguemos, para honra de nuestro pueblo, que en Bélgica es una excepción muy rara. Se dijo cuando la discusión de la Ley Hipotecaria en la Cámara de Representantes: (2) la clandestinidad, por vicioso que fuese este sistema, no produjo en nuestras provincias los graves inconvenientes que están ligados á ella: la honradez pública reemplazaba la garantía legal. Lo que no es decir que los adquirentes deban descansar en esta garantía moral descuidando el transcribir su contrato; podrían ser vencidos sin que hubiese fraude por parte del vendedor. Pudiendo haber sido hechas las actas clandestinas por los antiguos propietarios puede haber un vendedor no pagado con el derecho de promover en resolución y ésta arrastraría la evicción del último adquirente. La prudencia manda, pues, que todo adquirente transcriba.

158. Si el sistema del Código es vicioso el sistema de publicidad, tal como fué organizado por la nueva ley, tiene algo de ilógico é incoherente. Lógicamente el derecho de propiedad no se divide; es un derecho en la cosa, el más absoluto de todos los derechos reales. ¿Se concibe que sea yo dueño de la cosa solamente con respecto al vendedor y no lo sea con respecto á los terceros? ¿Puedo ser al mismo tiempo propietario y no propietario? Sin embargo, lo soy respecto á un vendedor y, por tanto, respecto á sus sucesores.

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 83, núms. 62 y 63. Troplong, *De la transcripción*, p. 161, núm. 2 y p. 216, núm. 84.

2 De Theux, en la sesión de 30 de Enero de 1851 (Parent, p. 201).

res universales? Este principio fué comprobado bajo el imperio del Código Civil en lo referente á las donaciones. Se pretendía que la transcripción reemplazaba á la insinuación; que, por consiguiente, estaba requerida para la validez de la donación; lo que era un error evidente que la Corte de Casación rechazó desde que le fué presentado. (1) Bajo el imperio de nuestra nueva legislación no hay duda posible; el mismo texto dice que la transcripción no se refiere más que á los terceros, es extraña á las partes. Esto es en lo que consiste la anomalía que acabamos de señalar. Soy propietario con respecto al vendedor y no lo soy con respecto á los terceros. Por su parte el vendedor ha dejado de ser propietario á mi respecto, no puede disponer de la cos; y queda propietario con respecto á los terceros en tanto que no se haga la transcripción; puede, pues, enajenarlo, hipotecarlo, gravarlo con derechos reales, y sus actas serán válidas; se me podrán oponer si los terceros han llenado las formalidades prescriptas por la ley.

¿No habría sido más lógico hacer de la transcripción una condición necesaria para la translación de la propiedad? Este es el sistema alemán que se había propuesto introducir en Bélgica y en Francia. Dicho proyecto no halló eco. (2) En Bélgica la transcripción es una tradicional nacional, y, conforme á lo que acabamos de decir, el fraude que tiene por objeto evitar es una excepción rara. Habría sido contra la voluntad de las partes contratantes subordinar la transmisión de la propiedad al cumplimiento de una formalidad no referente á las partes; esto también habría sido ilógico y en oposición con el interés de las partes contratantes y con la realidad de las cosas. La contradicción que señalamos existe sólo en teoría; de hecho el contrato trasfiere la propiedad;

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1810, sobre las conclusiones de Merlin, (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1575).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 106, núm. 83.

el adquirente sólo es vencido en el caso muy raro de fraude, y para dicho caso muy raro habría sido poco lógico exigir, como condición general de la translación de la propiedad, una condición que sólo tiene utilidad en casos excepcionales.

159. Decimos que bajo el imperio de la nueva ley el vendedor queda propietario con respecto á los terceros en tanto que no se haya hecho la transcripción; de donde se sigue que la venta no transcripta no existe con relación á los terceros. No es en estos términos como el art. 1.º de la Ley Hipotecaria formula el principio de la publicidad; se limita á decir que el acta no transcripta no podrá ser opuesta á los terceros que hayan contratado en fraude. El principio parece concebido en términos restrictivos y no aplicarse más que al caso en que después de haber vendido un inmueble el vendedor enajena de nuevo el mismo inmueble ó lo grava con un derecho real. Esto es el caso habitual que se cita ordinariamente para justificar el principio de publicidad; pero no es el único al que se aplica el principio, como lo vamos á decir. Queda por saber si tenemos razón de formular el principio nuevo en términos más latos que los de la ley.

El mismo principio de la publicidad conduce á consecuencia tal como la hemos enumerado. ¿Por qué somete la ley á la transcripción las actas translativas de derechos reales inmobiliarias? Porque el interés de los terceros, que también es el de la sociedad, exige que la situación inmobiliar de los propietarios esté exactamente conocida con el fin de poder asegurarse de que el poseedor de un inmueble es su propietario. Si el acta que debiera haber transcripto no lo fué ¿cuál será la consecuencia? Es que esta acta debe ser considerada como no teniendo existencia alguna para con los terceros que no pudieron conocerla; es decir, que no hubo translación de propiedad para con ellos en virtud de un contrato que no tiene existencia.

¿Consagra este principio la Ley Hipotecaria? Esto es lo

que nos va á decir el Ministro de Justicia, quien abrió la discusión por una exposición de las innovaciones que el proyecto de ley traía al Código Civil. Hoy, dijo, la regla es, en cuanto á la transmisión de los derechos inmobiliarios, que la propiedad se transfiere por el simple consentimiento. *Para con los terceros la venta ya no será perfecta por sólo la voluntad de las partes, lo será por la transcripción. El propietario permanecerá propietario para con ellos mientras que esta formalidad no haya sido llenada.* (1) Este es el principio absoluto tal cuál lo hemos formulado. El Ministro lo anunció como una verdad segura y como formando la base del nuevo régimen hipotecario. Si la ley no lo expresa en los mismos términos conduce, no obstante, á la misma consecuencia. Vendo hoy un inmueble á Pedro, quien no lo transcribe. Mañana vendo el mismo inmueble á Pablo, quien sí lo transcribe. Pablo será propietario. ¿Por qué lo será aunque haya yo enajenado la cosa á Pedro? Para que Pablo, segundo adquirente, se convierta en propietario es necesario que yo, vendedor, lo haya sido aún cuando la venta, puesto que el comprador no puede convertirse en propietario cuando no lo es su vendedor. Permanecí, pues, propietario del inmueble apesar de la venta que hice; por tanto, esta venta no existe para con los terceros, y no existe porque no fué publicada. Tal es el caso previsto por el texto del art. 1.º; la ley consagra, pues, implícitamente el principio tal cual ha sido formulado por el Ministro de Justicia y tal cual resulta del sistema de publicidad que consagra la ley.

Hé aquí otra aplicación del principio. Vendo un inmueble á Pedro, quien no lo transcribe; lo hipoteca á Pablo, quien toma su inscripción. ¿Podrá Pablo oponerme su derecho hipotecario ó puedo prevalecerme contra el de mi derecho de propiedad? Pablo es un tercero para conmi-

1 Tesch, Discurso en la sesión de 30 de Enero de 1851 (Parent, ps. 199 y 200).

go, luego soy propietario para con él, y no se puede seguramente oponer al propietario una hipoteca consentida mientras era aún propietario. Este caso no entra en el texto del art. 1.º, pues Pablo no contrató conmigo; pero el principio, tal como lo formuló el Ministro de Justicia, recibe su aplicación. No existiendo para con Pablo la venta que hice á Pedro soy propietario para con él y no puede oponerme una hipoteca que no he consentido.

160. El nuevo principio se aplica también á las particiones. En efecto, la ley coloca en la misma línea las actas declarativas y las translativas de derechos reales inmobiliarios, y después de haber dicho que *todas estas actas* deben ser transcritas, agrega: «Hasta entonces no podrán ser opuestas á los terceros.» El principio es, pues, idéntico para las particiones y para las ventas; es necesario, por consiguiente, entenderlo en el mismo sentido. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda en este punto. Se lee en el informe de la comisión del Senado: «Si el acta de partición no fué transcrita *es inexistente con relación á los terceros.*» (1) ¿Tuvo razón la ley en asimilar la partición á las actas translativas de propiedad? Puede dudarse de ello, como lo diremos al tratar de la publicidad de los privilegios.

161. El principio de que el acta no transcrita no existe para con los terceros no se aplica á los arrendamientos. Si el arrendamiento que pasa de nueve años no fué transcrito no pueden decir los terceros que el acta debe considerarse como no existiendo para con ellos, pues el art. 1.º dice implícitamente lo contrario: «La duración será reducida conforme al art. 1429 del Código Civil.» Si el arrendamiento sólo es reducido está por esto mismo mantenido en los límites de nueve años. La razón es que, según la ley, los arrendamientos de nueve años no están sometidos á la transcripción; un arrendamiento de nueve años puede, pues, opo-

1 D'Anethán, Informe (Parent, p. 306).

nerse siempre á los terceros aunque no esté transcripto, siempre que tenga fecha cierta, como lo quiere el artículo 1743.

162. El objeto del nuevo principio de publicidad es hacer las adquisiciones inmobiliarias seguras y estables. Es necesario para esto que los que adquieren inmuebles se conformen con la ley, transcribiendo su contrato. Si no lo hacen el sistema de publicidad compromete en apariencia sus intereses. Hemos citado la crítica, tan injusta como violenta, que Tronchet hizo de la publicidad de las transacciones inmobiliarias. Si el propietario que no transcribe está vendido no tiene gracia en quejarse, sufre las consecuencias de su descuido; aquel que no se conforma con la ley no tiene derecho de quejarse de ella.

Lo que decimos del derecho de propiedad es también cierto de los derechos ligados á la posesión cuando estos derechos están concedidos al poseedor por razón de un título translativo de propiedad en virtud del cual adquirió la posesión de un inmueble. Según los artículos 549 y 550 el simple poseedor hace suyos los frutos cuando posee como propietario en virtud de un *título translativo de propiedad* cuyo vicio ignora. Esto bastaba bajo el imperio del Código Civil, pero ya no basta según nuestra nueva legislación; es necesario, además, que el poseedor haya transcripto su título. En efecto, no es en virtud de la posesión por lo que gana los frutos, es en virtud de su buena fe, y esta buena fe supone que el poseedor posee en virtud de un título translativo de propiedad; no gana, pues, los frutos sino oponiendo al propietario reivindicante el título que le hubiera transmitido la propiedad si su autor hubiera sido propietario; y según el nuevo principio no puede oponer á los terceros un derecho resultante de un título translativo de propiedad más que cuando transcribió su título; un título no registrado no existe para con el tercero propietario; luego el poseedor no tie-

ne la buena fe legal; por tanto, no tiene derecho á los frutos. (1)

Lo mismo sucede con la adquisición de la propiedad por la usucapión. Aquel que adquiere de buena fe y por *justo título* un inmueble prescribe su propiedad por diez ó veinte años (art. 2265). Oponer, pues, al propietario reivindicante una acta translativa de propiedad que lo hubiera convertido en propietario si su autor lo hubiera sido. Bajo el imperio del Código Civil el justo título podrá ser comprobado por acta privada teniendo fecha cierta; según la nueva ley es necesario que el acta esté transcripta; por tanto, auténtica, puesto que no se puede oponer á los terceros una acta translativa sin que esté registrada. (2)

¿Qué debe decidirse si la prescripción ha comenzado bajo el imperio del Código Civil? El poseedor de buena fe que comenzó á prescribir en virtud de un título constando en acta privada ¿podrá continuar en prescribir bajo el régimen de la nueva ley sin que el acta esté registrada? La decisión depende del punto de saber si la prescripción comenzada forma un derecho adquirido, y la negativa es segura. Resulta que el derecho de propiedad no está adquirido por la prescripción sino bajo el imperio de la nueva ley, y según dicha ley no se puede oponer á los terceros una acta no registrada. Esto es muy riguroso; el legislador hubiera debido dar una disposición análoga á la del art. 2281; pero no pertenece al intérprete llenar este vacío. (3)

163. La nueva ley, al prescribir la transcripción, tuvo por objeto consolidar los derechos de los terceros, y produce este efecto en el sentido de que la transcripción los pone

1 Lieja, 23 de Diciembre de 1871 (Pasierisia, 1872, 2, 87).

2 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 109, núms. 84 y 85. Flandín, *De la transcripción*, t. II, p. 73, núms. 905 á 911. Compárese Casación, 26 de Enero de 1876 [Daloz, 1876, 1, 169] en materia de donaciones. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. II, p. 319 y nota 106, pfo. 209 y los autores que citan.

3 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I, p. 109, núms. 84 y 85.

al abrigo de una evicción que procediera de las actas no registradas en el momento en que ellos mismos operan la transcripción de su título. Esto supone actas emanadas del mismo propietario; ¿pero qué debe decidirse si el mismo propietario poseía en virtud de una acta no transcrita? El posesor que enajena sin haber transcrita se encuentra en la situación de todos aquellos que, bajo el imperio de la nueva ley, compran un inmueble sin registrar su contrato; no es propietario para con los terceros. De esto se sigue que si el autor enajena y que el comprador transcribe es este adquirente quien será el verdadero propietario si el primer adquirente que no había transcrito volviera á vender el inmueble á un tercero que transcribe. En efecto, el propietario puede reivindicar su fundo contra todo detentor de la cosa; podrá, pues, reivindicarlo contra el último adquirente aunque éste haya transcrito. El art. 109 consagra implícitamente esta doctrina; dice que el cedente no transfiere al comprador más que la propiedad y los derechos que él mismo tenía en la cosa cedida; la transcripción nada agrega á estos derechos, sólo los pone en evidencia; aquel que transcribe ejerce los derechos de su autor contra los terceros; pero si su autor tenía un título vicioso el título permanece vicioso en manos del adquirente, aunque éste transcriba, pues la transcripción no purga los vicios que tienen los títulos del cedente; éste transcribe á su adquirente un derecho viciado. De esto se sigue que si el cedente pudiera ser vencido por un tercer propietario el adquirente podrá igualmente serlo. (1)

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina bajo el imperio de la ley de 11 Brumario, año VII. Un prestanombre transcribe una venta simulada ó consentida en provecho de una persona interpuesta. ¿El pretendido adquirente pue-

1 Martou, *Comentario de la ley de 1851*, t. I p. 103, núm. 82. Volvemos todavía á este punto en el núm. 182.

de oponer su derecho á los acreedores del acreedor verdadero? Nó, dice la Corte de Bruselas, pues la transcripción no cubre el vicio de la simulación ni ningún otro vicio que hace anulable el acta. El recurso de casación fué desechado sobre conclusiones de Merlin, quien estableció muy bien en su requisitoria cuál es el efecto de la transcripción. No da nada más, dice, al adquirente de lo que le daba el contrato de venta; no es un título nuevo del que pueda argüir por ó contra él; nada cambia en el contrato, lo confirma sin agregarle nada. La transcripción no purga, pues, los vicios del acta. Si la venta está simulada la transcripción no hará propietario á aquel que no es verdadero adquirente. El contrato permanece viciado en manos del adquirente, como lo era en manos del vendedor. (1) Luego aquel que pudiera reivindicar contra el vendedor lo podrá contra el comprador, apesar de la transcripción del acta de venta.

164. Síguese de esto que la transcripción no opera la consolidación absoluta de la propiedad en manos de aquel cuyo título se hace público. Si entre los precedentes propietarios hubo uno que no transcribió la propiedad será incierta. Y aunque todas las actas translativas fueran registradas quedaría aún una incertidumbre resultante de los vicios que pueda tener uno de estos títulos, vicios que la transcripción no les quita. Esto no impide que aquel que quiere comprar consulte útilmente el registro de transcripciones; si éste es completo podrá remontar de adquisición en adquisición y asegurarse de que su autor había adquirido por la prescripción de treinta años, la que se opera por la acumulación de posesión. La prescripción es, en definitiva, la única prueba irrefutable de la propiedad y el único medio que ponga al posesor al abrigo de la evicción (t. VI, núms. 159 y siguientes).

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Expropiación*, pfo. 2.º  
P. de D. TOMO XXIX—27