

cuando no ha habido ninguna publicidad de la demanda ni de las decisiones intervenidas en la demanda; un tercero ignorando la revocación de los derechos del propietario trata con él comprándole el inmueble ó estipulando una hipoteca. Estas actas son nulas porque han sido consentidas por aquel que se considera no haber tenido nunca derecho en la cosa. Este es el principio. Y este perjuicio es imputable al secretario, pues si hubiera cumplido con su deber la sentencia hubiera sido inscripta y la inscripción hubiera advertido al tercero, que no hubiera seguramente tratado con el propietario cuyos derechos estaban nulificados retroactivamente. (1)

III. Efecto de la falta de inscripción en lo relativo á los terceros.

229. La ley ordena la inscripción de la demanda y de las sentencias en interés de los terceros. ¿Debe concluirse que si estas actas no han sido hechas públicas deben ser consideradas para con los terceros como no existentes? Hay que distinguir entre las sentencias que retrotraen y las que no retrotraen; es decir, que los propietarios cuyo derecho está anulado, revocado ó resuelto, están considerados como no haber tenido nunca la propiedad del inmueble; de aquí la consecuencia de que las actas de disposición hechas por ellos llegan á caer. Resulta de esto que la falta de publicidad no puede tener ningún derecho en el caso en que la sentencia nulifica retroactivamente los derechos del propietario. En vano dicen los terceros que las sentencias que no han sido hechas públicas no se les pueden oponer; entre ellos y el propietario el debate no versará en una cuestión de publicidad. El verdadero propietario reivindica su cosa contra aquellos que la tuvieron de un propietario aparente que nunca tuvo la propie-

1 Martou, Comentario, t. I, p. 175, núm. 164.

dad de la cosa; los derechos de los terceros caen porque han sido concedidos en virtud de un derecho anulable, revocable ó resoluble, por aplicación del principio de que no pueden conferirse á terceros más derechos de los que uno mismo tiene. La falta de publicidad no puede dar el derecho de disponer á aquel que no es propietario; y el propietario prueba que los derechos reclamados por los terceros les fueron consentidos por un no propietario al producir la sentencia que nulifica sus derechos. ¿Dirán los terceros que esta sentencia no les puede ser opuesta porque no han sido partes? Es su derecho; pero este derecho, una vez más, es extraño á la publicidad, se liga á los principios que rigen la cosa juzgada; y el demandante puede evitar la excepción de cosa juzgada poniendo en causa á los terceros á los que el demandado ha consentido derechos; en este caso la sentencia les será común y podrá serles opuesto sin que ninguna inscripción se haya tomado.

¿Quiere decir que la falta de publicidad no tiene ninguna consecuencia ni ninguna sanción cuando se trata de actas cuya anulación ó revocación retrotrae? Ya hemos contestado de antemano. La publicidad interesa á los terceros, la falta de publicidad puede serles perjudicial. Desde luego la publicidad debe tener una sanción. La ley da á los terceros una acción de daños y perjuicios contra el secretario cuando la falta de inscripción les ha inducido en error por culpa del secretario. Además, la ley hace un deber al juez de no recibir la demanda mientras no ha sido publicada. Hé aquí dos garantías establecidas en favor de los terceros cuyos derechos están en el caso de estar nulificados en virtud de la retroacción de la sentencia.

230. Sucede muy diferente en los casos en que la revocación obra *ex nunc*; nos servimos del lenguaje de la escuela porque abrevia las explicaciones. Para expresar esta idea el art. 4 tuvo que emplear circunlocuciones que ha-

cen obscura la disposición; dice: "Serán válidas todas las enajenaciones hechas, todas las hipotecas y otros cargos reales impuestos anteriormente á la inscripción requerida por el art. 3 en el caso en que ni la revocación ni la anulación no son de naturaleza á perjudicar semejantes derechos consentidos antes de la acción." Esto quiere decir: en el caso en que hay revocación *ex nunc*. Sólo es preciso borrar las palabras *ni la anulación*, pues la anulación no opera nunca *ex nunc*, obra siempre retroactivamente, por razón de que supone un vicio infectando la convención y haciéndola nula desde su origen; de modo que ni se concibe que la anulación tenga lugar sólo á partir de la sentencia ó de la demanda, pues esto sería decir que una acta nula por estar viciada puede producir efectos; lo que es jurídicamente imposible; para valernos de los términos del art. 3 es imposible que aquellos cuyo derecho es nulo puedan conferir á terceros derechos válidos; el que sólo tiene un derecho viciado no puede conferir á los terceros más que derechos viciados. El principio consagrado por el art. 4 no se refiere, pues, más que á la revocación, la que opera algunas veces sin retroacción *ex nunc*, como se dice. Y aun estos casos son raros, como lo hemos dicho ya (núm. 209).

Cuando la propiedad está revocada *ex nunc* el propietario está considerado como tal, para con los terceros, hasta el momento en que la demanda de revocación se inscribe. Esta es la aplicación que rige las sentencias combinada con el principio de publicidad. Las sentencias que sólo son declarativas tienen efecto á partir del día de la demanda; una vez reconocidos los derechos del demandante tiene que obtener, á partir del día en que la reclama en justicia, lo que hubiera obtenido si desde aquel día la decisión hubiera sido pronunciada, no debiendo las moras inevitables de la justicia perjudicar á aquellos que están obligados á ocurrir á ella. En principio el derecho del deman-

dado está, pues, revocado á partir de la demanda; pero este principio está modificado por la obligación de publicar la demanda en interés de los terceros que se encuentran en el caso de contratar con el propietario cuyo derecho está sujeto á revocación; pueden tratar con él hasta el día en que adquieren el conocimiento de la demanda de revocación; luego hasta el día de la inscripción. De ahí la consecuencia de que todas las actas pasadas antes de la inscripción de la demanda son válidas en el sentido de que el propietario tenía el derecho de hacerlas. La Ley Hipotecaria, esto se entiende, no valida estas actas á otro respecto; la cuestión de saber si las actas emanadas del propietario son válidas ó no está decidida por los principios generales de derecho.

231. Puede suceder que la demanda no haya sido transcrita; en este caso, dice el segundo inciso del art. 4, la sentencia de revocación ó de *anulación* no tendrá ningún efecto para con los terceros más que á partir del día de la inscripción. La palabra *anulación* está demás, pues toda *anulación* retrotrae necesariamente; en el art. 4 no se trata más que de la revocación *ex nunc*. Si la demanda no fué publicada los terceros debieron creer que ninguna acción de revocación está formada contra el propietario; tratan, pues, con éste como si fuera verdadero propietario; si la sentencia pudiera serles opuesta se les engañaría, perjudicándolos; y el objeto de la publicidad que la ley organiza es precisamente impedir que los terceros sufran un perjuicio por la clandestinidad de las actas que tienen interés en conocer; la ley tuvo, pues, que decidir que una demanda no inscrita se reputaba como no existente para con los terceros. Sólo hay publicidad, en este caso, por la inscripción de la sentencia; luego la revocación no puede tener efecto contra éstos más que á partir de esta inscripción. De esto se sigue que si posteriormente á la sentencia el propietario cuyo derecho

está revocado enajena ó hipoteca el inmueble del que dejó de ser propietario estas actas están mantenidas; un no propietario tendrá, pues, el derecho de disponer de la cosa. Esto es una anomalía, pero se explica por el principio de la publicidad. Si la propiedad está revocada es por una sentencia que debe publicarse para tener efecto para con los terceros; si no está inscrita no se puede oponerla á aquellos que tratan con el propietario ignorando la decisión que revoca su derecho.

232. La ley no prevee el caso en que la demanda ha sido inscrita, mientras que la sentencia no lo es. Si un tercero trata con el propietario cuyo derecho está revocado por sentencia del juez ¿podrá esta sentencia serle opuesta aunque no se haya hecho pública? En principio se debe decir de la sentencia lo que se dice de la demanda; no estando inscrita está considerada, con relación á los terceros, como si no existiera; no puede, pues, producir ningún efecto entre ellos. Por esto en teoría la enajenación ó la hipoteca consentidas posteriormente á la demanda inscrita serían válidas. Pero esta teoría no aprovecha á los terceros que serían muy imprudentes si se fiaran de ella. En efecto, la ley no fija ningún plazo en el que se deba hacer la inscripción de la sentencia; luego puede hacerse siempre con utilidad; por consecuencia, la decisión que revoca el derecho del propietario podrá ser inscrita en el momento en que quieran los terceros prevalecerse de la falta de inscripción. El legislador habría debido prescribir un plazo para hacer la inscripción en interés de los terceros; sin embargo, la ley no es tan injusta como se podría creer; en efecto, los terceros están prevenidos por la publicidad de la demanda en revocación; desde este momento no deben tratar con el propietario cuyo derecho está amenazado; si tratan es á su riesgo. (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 181, núm. 171. Compárese, en sentido diverso, Casier, *Estudios*, p. 82, núm. 83. Cloes, *Comentario*, t. I, p. 95, núm. 182.

233. Siempre hemos supuesto que las actas hechas por los terceros les confieren un derecho real. Tal es, en efecto, la disposición del art. 4, que declara válidas todas las enajenaciones hechas, todas las hipotecas y demás *cargos reales* impuestos anteriormente á la inscripción de la demanda en revocación. ¿Qué se debe decidir de los arrendamientos consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado? Si se apegara uno á la ley se debería decir que los arrendamientos no son válidos. Lo que sería uno de esos malos argumentos que se sacan del silencio de la ley y que no tienen ningún valor cuando son contrarios á los principios. ¿Y cuál es el principio establecido por el art. 4? Que el propietario cuyo derecho está revocado ha sido propietario hasta el momento de la demanda, y á falta de la demanda la sentencia se ha hecho pública; y si ha sido propietario pudo válidamente hacer todo acto de propiedad; la ley respeta las enajenaciones y las hipotecas que ha consentido, con mayor razón debe respetar los arrendamientos. ¿Será necesario que los arrendamientos hayan sido transcriptos? Nó, en nuestro concepto, porque la ley no lo exige. No se puede invocar el art. 1.º de la Ley Hipotecaria porque esta disposición supone que se trata de un arrendamiento que el arrendario quiere oponer á los legatarios del dador, terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios; mientras que, en la especie, se trata de la validez de un arrendamiento consentido por un propietario cuyo derecho fué después revocado. Todo lo que se puede exigir conforme á los principios generales es que el arrendatario establezca que su arrendamiento tenga fecha cierta anterior á la inscripción de la demanda. Síguese de esto que el arrendamiento debe haber sido hecho de buena fe; el fraude siempre hace excepción. (1)

1 Compárese Martou, *Comentario*, t. I, p. 180, núm. 168.

234. La aplicación del art. 4 da lugar á una dificultad en la que hay controversia. Se supone que la demanda no ha sido inscripta; antes de la inscripción de la sentencia un tercero estipula una hipoteca sobre un inmueble y lo inscribe. ¿Podrá esta hipoteca ser opuesta al propietario si los terceros tenían conocimiento de la sentencia que no se había hecho pública? La misma pregunta se hace en el arrendamiento y en los derechos reales consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado. Se trata de saber si la disposición del art. 1.º de la Ley Hipotecaria referente al fraude debe ser aplicada al art. 4. La solución depende del carácter de esta disposición: ¿es la aplicación de un principio general? Se debe aplicar al caso previsto por el art. 4: ¿es, al contrario, una excepción? Se la debe restringir á las actas translativas y declarativas de derechos reales inmobiliarios para las que fué promulgada. Agregaremos que en el examen de esta dificultad el intérprete debe enterarse de la intención del legislador y no de la teoría, que puede preferir á la de la ley. Sentada así la cuestión sólo es una. El art. 1.º dice que las actas no transcritas no pueden ser opuestas á los terceros que hubieran contratado *sin fraude*. La palabra *fraude* revela el pensamiento del legislador; considera al tercero que compra un inmueble cuando sabe que el vendedor ya lo ha vendido á un primer adquirente como siendo de mala fe, y, por consiguiente decide que se le puede oponer la excepción de dolo. Y esta excepción es de derecho común, es un antiguo adagio que el fraude siempre hace excepción. En vano se dice que en la excepción no hay ni dolo ni fraude; aunque esto fuera verdad no por eso dejaría menos de decidirse que hay fraude legal; es decir, que el legislador admite que hay fraude, lo que zanja la dificultad. ¿Qué importa que el Código Civil admita lo contrario en el art. 1071? Es más bien esta disposición la que tiene un carácter excepcional y esto se explica

por el disfavor que tienen las substituciones; aun cuando el legislador las autoriza prefiere los derechos de los terceros que se confunden con el interés general al interés de los substituidos. De cualquier modo que sea la Ley Hipotecaria no debe interpretarse por el Código Civil sino por ella misma. Y habría una contradicción chocante, inexplicable, en rechazar á los terceros de mala fe en el art. 1.º y protegerlos en el art. 4. ¿Puede el legislador prestar su apoyo á los que considera como culpables de fraude? (1)

§ II.—DE LA CESIÓN DE CREDITOS HIPOTECARIOS O PRIVILEGIADOS.

Núm. 1. ¿Qué cesiones se deben hacer públicas?

235. La Ley Hipotecaria (art. 5) somete á la publicidad la cesión de un crédito hipotecario ó privilegiado en el sentido de que no se podrá oponer á los terceros sino cuando se haga pública. Esto es una derogación del Código Civil. El art. 1690 dice que el cesionario no está poseído, con relación á los terceros, más que por la notificación del traslado hecho al deudor ó por la aceptación que éste hace de la cesión en una acta auténtica. El Código estableció, pues, una condición en interés de los terceros, derogando en esto el principio que consagra sobre la translación de la propiedad. En regla general la propiedad se trasfiere, entre las partes y con relación á los terceros, por el único efecto del contrato, independientemente de toda tradición y de toda formalidad exterior. Sucede de otro modo con la translación de los créditos; entre las partes la cesión es perfecta por el concurso de consentimientos, mientras que con relación á los terceros no existe mientras no ha sido notificada

1 En sentido contrario, Martou, *Comentario*, t. I, p. 181, núm. 172. Compárese Casier, *Estudios*, p. 83, núm. 84 y Cloes, *Comentario*, t. I, p. 89, número 170.

al deudor ó aceptada por éste. La notificación ó la aceptación es una especie de publicidad prescripta en favor de los terceros; se necesita una acta auténtica; es decir, pública; los terceros que tienen interés en conocer la cesión pueden dirigirse al deudor, el que, en este sistema, hace en algún modo funciones de oficial público.

Es apóposito como empleamos expresiones poco jurídicas para definir el principio consagrado por el Código Napoleón en materia de translación de créditos; esta es una publicidad muy insuficiente; mejor dicho, la cesión queda clandestina, pues que la ley no encarga al deudor la ilustración de los terceros y el deudor, después de todo, no está obligado á responder á los terceros que le consulten, y si lo hace sin decir la verdad ¿dónde estará su garantía? La notificación ó la aceptación no era eficaz más que con relación al deudor, avisado de la translación por una acta auténtica; pero un segundo cesionario, de igual modo que los acreedores del cedente, muy bien podían ignorar la cesión. La formalidad prescripta por el Código Civil tenía, pues, todos los inconvenientes de la clandestinidad: un segundo cesionario podrá ser engañado por el cedente comprando un crédito cedido ya.

La nueva ley tiene por objeto garantizar los intereses de los terceros reemplazando la clandestinidad por la publicidad, pero no prescribe la publicidad más que para los derechos reales, y es necesario además que estos derechos sean inmobiliarios; en cuanto á las transacciones mobiliarias quedan bajo el imperio del Código Civil. Hé aquí por qué la Ley Hipotecaria limita la innovación á los créditos que están garantizados por una hipoteca ó por un privilegio; los créditos no hipotecarios ni privilegiados no están sometidos al principio de publicidad; son derechos puramente mobiliarios y personales, de los que no se ocupa la nueva ley. Es verdad que aunque garantizados por una hipoteca

ó por un privilegio el crédito queda un derecho mobiliario; pero como la cesión comprende las hipotecas y los privilegios ligados al crédito resulta que la translación de un derecho mobiliario implica la de un derecho real inmobiliario; en efecto, conforme al art. 1.º de nuestra ley los privilegios é hipotecas son derechos reales inmobiliarios, como lo diremos en el capítulo *De las Hipotecas*. La nueva ley podía, pues, y debía ocuparse de la translación de créditos privilegiados ó hipotecarios.

¿Por qué somete á la publicidad la cesión de estos créditos? Importa hacer constar los motivos de la derogación que la nueva ley hace del Código Civil, porque nos servirán para hacer precisar su sentido y su alcance. La comisión especial dice que las leyes buenas deben ministrar armas contra el fraude. Si el acreedor que vende su crédito conserva el título puede fácilmente venderlo á un segundo cesionario; éste debe creer que su cedente aún es propietario del crédito, puesto que tiene el título y que subsiste la inscripción hipotecaria; comprará, pues, un crédito ya cedido y será engañado por la clandestinidad de la primera cesión: la publicidad lo pone al abrigo de este fraude. La comisión del Senado también dice en su informe que interesa hacer pública la cesión para impedir al acreedor primitivo ceder una segunda vez un derecho que ya no fuera suyo. (1) En fin, los autores reproducen este mismo motivo. (2) No se trata en los trabajos preparatorios de los demás terceros. En cuanto al deudor la publicidad es inútil, puesto que directamente debe ser advertido por la notificación. Quedan los terceros acreedores; la formalidad prescripta por el Código Civil no les hacía conocer la existencia de la cesión; estaban, pues, inducidos al error y en-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 15). Informe de la comisión del Senado (Parent, p. 401).

2 Cloes, *Comentario*, t. I, p. 100, núm. 191.

gañados cuando, en fe de una inscripción hipotecaria, trataban con el acreedor aparente después que había dejado de ser propietario del crédito. La publicidad establecida por la nueva ley también les aprovecha. Sin embargo, no están mencionados en los informes de las comisiones y los autores no hablan de ellos. Más adelante diremos las dificultades á que la ley da lugar en lo relativo á los acreedores.

236. El art. 5 prescribe la publicidad no sólo para la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario sino también para la subrogación de un derecho semejante. Hay diferencias esenciales entre la subrogación y la cesión; las hemos señalado en el título *De las Obligaciones*. Estas diferencias son extrañas á los terceros. El subrogado ejerce los privilegios é hipotecas ligados al crédito tanto como al cesionario, y la subrogación se presta más al fraude que la cesión; el legislador lo ha previsto; esta es la razón de las condiciones rigurosas que exige para la subrogación consentida por el deudor. Pero por un olvido inexplicable el Código Civil ni siquiera exige que el subrogado notifique la subrogación al deudor. Esto prueba cuán extrañas son á los autores del Código Napoleón las ideas de publicidad. La nueva ley tiene razón para poner la subrogación en la misma línea que la cesión, puesto que produce los mismos efectos con relación á los terceros.

El artículo 5 da lugar á una dificultad. Se pregunta si recibe su aplicación á la subrogación legal. La jurisprudencia se ha pronunciado por la afirmativa. (1) Al primer golpe de vista el texto parece decidir la cuestión; la ley habla de la subrogación en términos generales; comprende, pues, los dos casos de subrogación: la legal y la

1 Bruselas, 22 de Febrero de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 97). Compárese, Doñegada, 8 de Mayo de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 260) y Bruselas, 2 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 89).

convencional; ¿y no es de principio que cuando la ley no distingue no se permite introducir distinciones? El argumento sería decisivo bajo el punto de vista de la publicidad si no hubiera una diferencia entre las dos subrogaciones. La publicidad prescrita por la Ley Hipotecaria supone que hay una *acta* pasada por las partes y que debe hacerse pública. Cuando se trata la transcripción esto es cierto; el conservador no puede copiar una acta que no existe; hé aquí por qué no há lugar á la transcripción cuando la transmisión de la propiedad se opera en virtud de la ley (número 36). ¿No se debe decir otro tanto de la transmisión de un derecho real inmobiliario? Ambos casos son tan idénticos que, lógicamente, la cesión de un crédito hipotecario ó privilegiado debería haberse transcripto (número 239). Luego se debe aplicar á la subrogación legal lo que dijimos de la transmisión de la propiedad por la ley.

La doctrina consagrada por la jurisprudencia levanta todavía otra duda. ¿Cómo se hace la publicidad cuando no hay acta que copiar ó inscribir? Es la subrogación la que se debería hacer pública, lo mismo que la cesión. Pero ésta siempre es convencional; lo que la ley dice de las cesiones supone que hay una convención (arts. 84 y 83, 3^o); se puede aplicar la ley á la subrogación convencional, pero extendiéndola á la legal se extiende la ley á un caso que no prevee. ¿No es esto hacer la ley? Esta es nuestra opinión.

La ley habría podido y debido organizar una publicidad para la subrogación legal, como lo hizo con la hipoteca legal, pero no lo ha hecho. Este es un vacío; no creemos que corresponda al intérprete llenarlo; en efecto, el intérprete no puede crear formas y sancionarlas en caso de necesidad, bajo pena de nulidad.

237. Hay actos análogos á la cesión y á la subrogación. ¿Se debe aplicar el art. 5.º? Se debe decir de la inscripción lo que dijimos de la transcripción: sólo la ley puede