

ordenar la publicidad de una acta; no hay, pues, publicidad legal sin ley. Para que una acta deba hacerse pública por vía de inscripción se necesita que equivalga á una cesión ó á una subrogación. Tal es la donación en pago; siempre se la ha asimilado á una venta; aunque tenga alguna diferencia no se relaciona con los terceros; si, pues, un crédito privilegiado ó hipotecario fué dado en pago el acta debe ser inscripta para que se pueda oponer á los terceros.

Sucede lo mismo con la delegación que el deudor consiente á su acreedor para liberarse cuando es un crédito privilegiado ó hipotecario que está delego. Si el crédito delegado lo recibió en pago el acreedor la operación constituye una donación en pago; luego una venta; y, por tanto, no há lugar á inscribir el acta conforme al art. 5. Lo que no es extender la ley sino aplicarla.

¿Qué se debe decir de la cesión que el acreedor hace de la hipoteca ó del privilegio sin ceder el crédito principal? Hay una primera dificultad: ¿semejante cesión es válida? Examinaremos la cuestión al tratar de los privilegios é hipotecas. Si se admite la validez de la cesión se debe admitir también que esté sometida á la inscripción. En efecto, ¿por qué la ley prescribe la publicidad de los créditos privilegiados ó hipotecarios? Es precisamente en razón del privilegio ó de la hipoteca por lo que los garantiza; en realidad es la transmisión de un derecho real la que se hace pública; desde luego debe también estar inscripta cuando se hace separadamente; es entonces una acta translativa de un derecho real inmobiliario; la ley somete esta transmisión á la publicidad, sea por vía de transcripción ó de inscripción. El espíritu de la ley no deja duda sobre la necesidad de la publicidad. (1).

238. La ley de 15 de Agosto de 1854 (art. 5) dice que el

1 Véanse, acerca de todos estos puntos, Martou, *Comentario*, t. I, p. 190, número 174.

embargo de una renta privilegiada ó hipotecaria no se puede oponer á los terceros si no está hecha, al margen de la inscripción, mención de la fecha del embargo, con indicaciones de nombres, apellidos, profesiones y domicilios del embargante y embargado. Esta disposición llena un vacío de la Ley Hipotecaria. Se ha dicho, con razón, que si la cesión voluntaria de un crédito se debe hacer pública para evitar un fraude debe serlo igualmente, y con mayor razón, la desposesión que es una consecuencia del embargo; es raro que el que cede revenda una segunda vez el crédito del que dejó de ser propietario; mientras que el acreedor embargado podría estar tentado de vender el crédito cuyo título conserva, con el fin de procurarse recursos. (1) Pero importa observar que la ley de 1854 tiene un objeto especial: el embargo de rentas constituidas sobre particulares; no se aplica á los demás acreedores; el vacío que señalamos subsiste, pues; luego las constituciones de rentas son día á día más raras.

#### *Núm. 2. Formas de la publicidad.*

239. La publicidad se hace por vía de inscripción. Como la cesión es una venta y ésta debe publicarse por razón del derecho inmobiliario que comprende hay identidad perfecta entre la cesión del art. 5 y el acta translativa de propiedad del art. 1.º; luego lógicamente la cesión debiera transcribirse como se transcribe la venta de un inmueble. Los trabajos preparatorios no nos dan la razón por la que la ley se ha contentado con una inscripción cuando se trata de privilegios y de hipotecas mientras que exige la transcripción para todos los demás derechos reales inmobiliarios. Quizá sea porque la única cosa que interese á los

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 195, núm. 177.

terceros en materia de cesión es el hecho de la transmisión del crédito.

240. La formalidad de la publicidad difiere según que el crédito cedido fué ó no transcripto. Ordinariamente los privilegios é hipotecas serán incriptos, puesto que no se hacen eficaces más que por la inscripción. En este caso se hace al margen de la inscripción una mención de la fecha y de la naturaleza del título del cesionario con indicación de los nombres, apellidos, profesiones y domicilios de las partes.

Para operar esta inscripción las partes deben presentar al conservador el testimonio auténtico del acta y dos extractos timbrados conteniendo las indicaciones exigidas por el art. 5. El conservador entrega al requirente uno de los extractos, en el que certifica que la mención ha sido hecha. Al tratar de la publicidad de las hipotecas diremos por qué el conservador conserva el otro extracto.

El art. 5 parece también exigir otra formalidad; dice que el conservador indicará al pie del *bordereau* el cambio operado en sus registros; es decir, la inscripción de la cesión. ¿Cuál es este *bordereau*? Las opiniones difieren. Hé aquí la explicación de Martou; es la más natural. El cedente, al tomar inscripción de la hipoteca, debió presentar dos *bordereaux* al conservador; éste entrega al que inscribe uno de estos *bordereaux*, al pie del cual certifica haber hecho la inscripción (art. 84). Cuando la cesión del crédito el acreedor debe entregar este *bordereau* al cesionario, puesto que es una garantía para el propietario del crédito incripto; es en aquel *bordereau* en el que el conservador indica que el crédito cambió de titular. Es verdad que así interpretado el art. 5 hace doble empleo con el art. 84, pero esto se comprende; cuando la adopción del art. 5 no se sabía aún cómo se haría la inscripción de la cesión y más tarde el legislador se olvidó de modificar este artículo. (1)

1 Martou, *Comentario*, t. I, p. 201, núm. 187. Compárese, en sentido diver-

241. Se entiende que las formalidades son las mismas para la subrogación de un crédito privilegiado ó hipotecario cuando el acreedor inscribió. El conservador en este caso hace mención de la subrogación ó del acta equivalente (núm. 237).

242. ¿Cómo se hace la publicidad cuando el privilegio ó la hipoteca no han sido transcriptos? El cesionario ó el subrogado en este caso deben tomar inscripción en su propio nombre, en virtud del acta de cesión ó de subrogación. El artículo 5, bastante mal redactado, lo dice implícitamente; la ley se limita á exigir para esta inscripción que el acta presentada al conservador esté redactada en la forma auténtica.

243. La autenticidad de las actas en las que se hace, ya sea la transcripción ó la inscripción, es una condición generalmente requerida por la nueva ley; el art. 5 prescribe terminantemente que se haga la publicidad por vía de mención ó por inscripción. Ya hemos dicho más atrás cuáles son los motivos por los que la ley no admite á la transcripción las actas privadas que contienen una convención translativa de derechos reales inmobiliarios (núm. 124). El relator de la comisión de la Cámara de Diputados hizo valer las mismas consideraciones en apoyo del art. 5; (1) creemos inútil reproducirlas.

Hay un ligera dificultad en lo que se refiere á los poderes; el art. 5 no reproduce la disposición del art. 2, según la cual los poderes relativos á los derechos reales inmobiliarios deben darse en la forma auténtica; y como en materia de publicidad todo es de estricta interpretación se podría inducir del silencio de la ley que los poderes permanecen bajo el imperio del derecho común del art. 1985,

80, Casier, *Estudios*, p. 92, núm. 95. Cloez, *Comentario*, t. I, p. 111, núms. 211 y siguientes. Delebecque, *Comentario*, p. 74, núm. 72.

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 118).

según el cual el mandato puede darse por acta privada. Esto sería razonar muy mal. Cuando la ley exige la autenticidad para una convención la exige por esto mismo para todos los elementos esenciales de esta convención; ¿y hay elemento más esencial que el consentimiento dado por vía de poder? Inútil es insistir; trasladamos al testimonio de Merlin que hemos ya relatado (núm. 130). (1)

*Núm. 3. Consecuencia de la falta de publicidad.*

244. Según el art. 5 la cesión no publicada no puede ser opuesta á los terceros. Esto es la reproducción del principio establecido por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria. Es, pues, necesario aplicar el art. 5 á lo que hemos dicho de los terceros en materia de transcripción.

Sin embargo, hay una diferencia de redacción; el artículo 1.º agrega una condición para que los terceros puedan prevalecerse de la falta de transcripción: es necesario que hayan contratado *sin fraude*. Esta condición no está expresada en el art. 5. ¿Se debe concluir que los terceros que han tratado con el cedente teniendo conocimiento de la cesión, aunque no transcripta, podrán, no obstante, oponer la falta de publicidad legal? Esta es la misma cuestión que hemos examinado acerca del art. 4 (núm. 234), y la solución debe ser la misma. En el espíritu de la ley el tercero que contrata con conocimiento de que el acta no está publicada comete un fraude; se le puede, pues, rechazar con la excepción de dolo. Esto ni siquiera nos parece dudoso en lo que se refiere á la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario. Es una acta idéntica á las translativas de propiedad inmobiliar de que habla el artículo 1.º ¿Cómo pudiera haber decisiones diferentes para dos casos idénticos? Compro un inmueble, una servidum-

1 Martou, *Comentario*, t. I, 197, núm. 181. Casier, *Estudios*, p. 87, núm. 89. En sentido contrario, Cloes, *Comentario*, t. I, p. 110, núm. 208.

bre; sé que mi vendedor no es ya propietario, la ley decide que contraté con fraude. Compro un crédito hipotecario, luego, indudablemente, un derecho real inmobiliario. ¡Sabiendo que el cedente ha vendido ya el crédito y la ley había de decidir que traté de buena fe! Es imposible que el legislador diga en el art. 5 lo contrario de lo que dijo en el artículo 1.º

Se objeta que esto es introducir en la ley una distinción que no está en ella y que muchas veces hemos dicho que el intérprete no debe distinguir cuando la ley no distingue. Nó, no distinguimos; aplicamos el principio del que el artículo 1.º consagra una aplicación á un caso idéntico; lo que el intérprete tiene el derecho y la obligación de hacer. Si, como se pretende, se tratara de una excepción la solución sin duda tendría que ser diferente. Ya hemos contestado á esta nueva objeción; libre está el intérprete para considerar la disposición del art. 1.º como una derogación de los verdaderos principios; se trata, en nuestro debate, de saber si el legislador ha hecho del *fraude* una excepción; y presentar la cuestión es resolverla.

Se invoca también el Código Civil contra la interpretación que damos á la Ley Hipotecaria. El acreedor que estipula una hipoteca sabiendo que hay otra anterior no inscrita puede, no obstante, prevalecerse de la falta de transcripción. Volveremos á esta cuestión en el capítulo *De las Hipotecas*. Suponemos que se deba decidirla en favor del acreedor en virtud del Código Civil; esto no probaría que el legislador belga entendió decir en el art. 5 lo contrario de lo que dijo en el art. 1.º Para él el conocimiento que tiene el tercero del acta no publicada no constituye un fraude y engendra la excepción de dolo. Este es el principio de la Ley Hipotecaria; y es según este principio como debe interpretarse y no conforme al principio contrario del Código Civil.

245. La aplicación del art. 5 suscita grandes dificultades que proceden de la combinación de esta disposición con la del art. 1690. Hay que ver ante todo si el cesionario debe llenar á la vez la formalidad de la notificación ó de la aceptación prescripta por el Código Civil y la formalidad de la inscripción exigida por la Ley Hipotecaria. En otros términos, ¿deroga la nueva ley la ley antigua?

M. Lelièvre en su informe contesta: "Queda entendido que el art. 5 no deroga *de ningún modo* el art. 1690 y la notificación que esta disposición prescribe para la posesión respecto á los terceros. La formalidad nunca deja subsistir *por entero* lo que acabamos de recordar." M. d'Anthán dice en su informe al Senado: "En cuanto al art. 1690 la comisión adopta la opinión emitida en el informe hecho á la Cámara de Diputados: que no se derogue este artículo." Los autores (1) y la Corte de Gante (2) se han pronunciado en el mismo sentido, invocando la opinión de las dos comisiones que acabamos de transcribir.

¿No es muy absoluta esta opinión? Conste desde luego que sólo es una autoridad doctrinal muy grande, sin duda por razón de la parte que ambos relatores de las cámaras han tomado en los trabajos preparatorios; pero sólo es una autoridad de razón que se puede discutir.

En principio ambos relatores tienen razón. El legislador belga sólo ha reemplazado el título *De las Hipotecas* con una nueva ley, no entendió derogar el Código Civil en las otras materias. Sin embargo, esto no es verdad de un modo absoluto, como lo hemos hecho notar al comenzar la explicación de la nueva ley (núms. 2-32). Hay disposiciones de la Ley Hipotecaria que derogan el Código Civil: la abrogación es tácita; hemos dado un notable ejemplo de ella al

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 384). D'Anthán, informe (Parent, p. 401).  
2 Martou, *Comentario*, t. I, p. 196, núm. 179. Cloes, *Comentario*, t. I, página 115, núms. 219 y 220).

tratar de la transcripción de las donaciones (núms. 44-47). La cuestión es, pues, la siguiente: ¿El art. 5 ha derogado tácitamente el art. 1690? Hay abrogación tácita de una ley antigua por una ley nueva cuando hay incompatibilidad entre ambas leyes; es decir, cuando no pueden ser ejecutadas simultáneamente. Y, se dice, nada impide al cesionario llenar á la vez la formalidad del art. 5 de la Ley Hipotecaria y la del art. 1690 del Código Civil. Sin duda el cesionario puede notificar su acta al deudor y hacerla inscribir por el conservador de las hipotecas; una de estas formalidades no excluye á la otra materialmente; esto es evidente, puesto que las formalidades difieren. Pero puede haber incompatibilidad jurídica en el sentido de que el legislador cambia sistema y reemplaza una formalidad reconocida por insuficiente con una nueva formalidad más eficaz; en este caso hay una razón de derecho que se opone á que se cumpla, bajo el imperio de la nueva ley, la formalidad insuficiente á la vez que la formalidad más eficaz que la reemplaza. Esta incompatibilidad lógica es tan radical como una incompatibilidad material. En efecto, para juzgar si estas dos disposiciones de diferentes fechas son incompatibles hay que suponer que la primera está reproducida por la segunda y ver después si pueden simultáneamente recibir aplicación. Y se concibe que el legislador diga: "El Código Civil prescribe, en interés de los terceros, una formalidad insuficiente y, por lo tanto, inútil mientras es insuficiente; la reemplazó con una formalidad más eficaz que dará á los terceros la garantía que el Código no les daba. Quiere, no obstante, que la formalidad antigua, aunque insuficiente, inútil, frustratoria, se cumpla concurrentemente con lo que establece." Semejante lenguaje no tendría sentido. Concluimos que si el legislador organiza un nuevo sistema de publicidad en interés de los terceros las disposiciones que la ley antigua contenía en favor de los terceros están abrogadas por la nueva ley en tanto

que son insuficientes é inútiles, y que no se debe mantener la ley antigua si no en tanto que tiene razón de ser dentro de los límites en que puede ser útil. La cuestión que hemos sentado no puede ser resuelta en términos tan absolutos como lo hicieron los relatores de ambas cámaras. Hay que ver en favor de quién la ley antigua y la ley nueva han establecido las formalidades que tienen por objeto garantizar el interés de los terceros. Mantendremos la formalidad de la notificación en el caso en que, apesar de la formalidad nueva de la inscripción, tiene razón de ser; diremos que está suprimida cuando en presencia de la inscripción no tiene ya razón de ser.

246. Recordemos, desde luego, lo que ya hemos dicho: que la Ley Hipotecaria no prescribe la publicidad más que para la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios; luego el Código Civil rige exclusivamente la cesión de los créditos que no están garantizados por una hipoteca ni por un privilegio. Y cuando hablamos de privilegios se entiende que se trata de privilegios inmobiliarios, pues la Ley Hipotecaria no se ocupa de los derechos muebles, salvo por excepción. Así el art. 1.º ordena la publicidad de los arrendamientos aunque el arrendamiento no dé al arrendatario más que un derecho de crédito; es decir, un derecho mueble. Pero el art. 5, al poner los privilegios en la misma línea que á los acreedores hipotecarios, indica suficientemente que se trata de créditos garantizados por un derecho real inmobiliario. Síguese de esto que el mayor número de créditos permanece bajo el imperio del Código Civil; en este caso es verdad decir, con las comisiones de las cámaras, que la nueva ley no deroga el art. 1690.

247. Los relatores entendían sin duda que el art. 1690 quedaba aplicable aun á la cesión de créditos privilegiados é hipotecarios. También esto es verdad en cierto sentido, pero en nuestro concepto no es verdad de un modo absolu-

to. Esta es la dificultad. El art. 1690 dice que el cesionario no está *poseído* sino por la notificación de la translación hecha al deudor. Y el art. 5 dice que la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario no puede ser *opuesta* á los *terceros* más que si fué publicada. Las dos disposiciones tienen por objeto garantizar los intereses de los *terceros*. ¿Quiénes son estos *terceros*? ¿Es necesario que el cesionario cumpla á la vez las formalidades de los arts. 1690 y 5 para que esté *poseído* para con *todos los terceros* y para que les pueda oponer su cesión?

La afirmativa no es dudosa en lo relativo al deudor del crédito cedido. No basta que el cesionario inscriba la cesión para estar *poseído* respecto á él, es necesario que se la notifique. Esto resulta del objeto que el legislador se propuso al ordenar la notificación de la cesión. Cuando un crédito está cedido el deudor cambia de acreedor; ya no puede ceder al cedente, tiene que pagar al cesionario; es, pues, necesario que esté avisado del cambio, y lo debe ser por una acta auténtica para que no pueda pretextar su ignorancia. Por esto es por lo que la ley quiere que la cesión le sea notificada. Una ley posterior somete la cesión á la publicidad al exigir la inscripción en los registros del conservador. ¿Esta formalidad substituye la notificación en lo que se refiere al deudor? Nó, seguramente, puesto que la inscripción no advierte al deudor que cambió al acreedor. No se puede exigir de él que, tantas veces como tenga un pago que hacer, se llegue á la oficina de hipotecas para informarse de si hay una cesión inscrita. En otros términos: la formalidad de la notificación es más eficaz en lo que se refiere al deudor; si no hubiera más terceros que él el legislador no hubiera pensado nunca en ordenar la inscripción de las cesiones de créditos siendo suficiente la notificación. Aun hay más; esta formalidad es más eficaz que la de la inscripción

en lo relativo al deudor. Esto es decisivo; no puede decirse que una formalidad eficaz prescripta por una ley antigua esté reemplazada por una formalidad menos eficaz que prescribe una ley nueva; esto no tendría sentido.

Nuestra conclusión es que el cesionario debe notificar la cesión al deudor. Si se limitara á inscribir la cesión no estaría en posesión con relación al deudor: éste tendría el derecho y la obligación de pagar al cedente. Se debe añadir que si la cesión fué notificada al deudor éste debería pagar al cesionario personalmente sin poder exigir que la cesión fuese además inscrita; ¿con qué objeto inscribir la cesión cuando basta con la notificación? La cuestión se complica cuando hay otro tercero en causa; volveremos á este punto. En tanto que el deudor está en presencia del cesionario solo no puede invocar el art. 5 porque la formalidad de la inscripción no fué requerida para él por la nueva ley. Los relatores de ambas cámaras y los autores dicen que la publicidad tiene por objeto evitar el fraude, y no hay fraude que temer para el deudor; mientras no se le notifique tiene el derecho y la obligación de pagar al cedente, y desde que se le notifica la cesión debe pagar al cesionario; la formalidad del art. 1690 garantiza, pues, plenamente sus intereses.

248. También son terceros aquellos á los que el acreedor hubiera cedido el crédito después de haberlo vendido á un primer cesionario. En este caso hay fraude con relación al segundo ó subsecuente cesionario. Fué para evitar este fraude por lo que la ley prescribió la publicidad de la cesión. Si el primer cesionario inscribe la cesión el fraude se hace imposible porque los terceros que quieran comprar un crédito no dejarán de informarse en la notaría de hipotecas si hay alguna cesión inscrita. Si el primer cesionario no la inscribe podrá ser víctima del fraude en el caso en que el acreedor cediera el crédito á un segundo cesionario que hiciera la inscripción de la cesión; pero el primer cesionario

tendría que reprocharse su descuido y se le contestaría: *Jura vigilantibus scripta*. Se supone que un mismo crédito fué cedido á dos cesionarios: ¿cuál de los dos será propietario del crédito y á quién debe pagarle? Aquí nace el conflicto de los diversos intereses; los dos cesionarios, el deudor y el acreedor mismo, están en causa. Con relación al acreedor la cuestión es muy sencilla. Cesa de ser propietario del crédito desde el momento que hace la cesión; al vender el mismo crédito á un segundo cesionario vende un crédito que ya no le pertenece. Esto supone que el primer cesionario ha inscripto la cesión; en este caso el que cede será garante del segundo cesionario. Si el primer cesionario no ha inscripto la cesión no puede oponerla al segundo, conforme al art. 5; el que cede queda, pues, propietario del crédito con relación á los terceros; por tanto, transfiere la propiedad del crédito al segundo cesionario y será garante respecto del primero en el sentido de que responde de los daños y perjuicios que resultan de su dolo. Si ninguno de los dos cesionarios hubiera inscripto el acreedor sería siempre propietario del crédito con relación á los terceros. ¿Pero entre ellos se deberá comprender al deudor? Acabamos de decir (núm. 247) que las relaciones del cesionario con el deudor quedan sometidas á la regla establecida por el Código Civil; sucede lo mismo con las relaciones del acreedor con el deudor; en tanto que no se haga la notificación al deudor éste puede y debe pagar al cedente, aun cuando hubiera una cesión inscrita. El que cede tiene, pues, acción contra el deudor, apesar de la inscripción, mientras ninguno de los cesionarios haya notificado su cesión.

249. El conflicto de los cesionarios y del deudor es más difícil de arreglar. Un primer punto es cierto, conforme á lo que acabamos de decir: es que el cesionario, para estar en posesión respecto al deudor, debe notificar su cesión y debe hacerla inscribir para poder oponerla á los terceros cesio-