

§ II.—DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROSECUCION.

250. El tercero detentor tiene el derecho de pagar en los plazos y bajo las condiciones que expondremos en el capítulo que trata de la materia. También puede evitar la expropiación pagando las deudas hipotecarias, y aunque fuera perseguido hipotecariamente puede ceder el inmueble. Si el tercero detentor no usa de ninguna de estas facultades «cada acreedor hipotecario tiene el derecho de hacer vender el inmueble hipotecado treinta días después del mandamiento hecho al deudor original y notificación hecha al tercer detentor de pago de la deuda exigible ó de ceder la herencia.» Así lo exige la ley como preliminar de la proyección de expropiación: un mandato y una expropiación.<sup>91</sup> En el derecho antiguo el acreedor debía comenzar á mover contra el tercero detentor para hacerle contribuir á pagar ó á ceder. ¿Existe aún esta acción en nuestro derecho moderno? Se enseña la negativa por los autores y la jurisprudencia la ha consagrado en numerosas sentencias, salvo una decisión contraria de la Corte de Burdeos. Si no fuera este el poder de la tradición en nuestra ciencia no se concebiría que la cuestión se hubiese llevado ante los tribunales. ¿Se puede exigir una condición para el ejercicio del derecho de expropiación sin tener apoyo en algún texto ó principio? El texto dice que el deudor que no purga queda, *por el solo efecto de las inscripciones hipotecarias*, obligado como detentor á todas las deudas. Luego el efecto único de las inscripciones basta; es decir, que no se necesita acción. ¿Y por qué se necesitaría? Se necesitaba en el derecho antiguo porque las hipotecas estaban ocultas. Los terceros detentores ignoraban que estaban obligados por deudas hipotecarias; antes de perseguirlos habría que mandar sentenciar que estaban sujetos á las prosecu-

ciones por punto á las hipotecas que alegaba el acreedor y de las que tenía que probar la existencia. Este procedimiento es ya inútil en nuestro sistema de publicidad organizado por el Código Civil y completado por nuestra Ley Hipotecaria. El tercer tenedor no compra sin consultar el registro del conservador, y si es detentor á título gratuito su primer cuidado es informarse de si el inmueble está gravado con inscripciones hipotecarias. ¿Para qué una acción cuando la publicidad la reemplaza? La acción sería frustratoria por sólo que es inútil y, por consiguiente, los tribunales tendrán que declarar al acreedor no admisible. (1)

No debe concluirse de esto que el acreedor no pueda promover contra el tercero detentor en declaración de reconocimiento de hipoteca. Esta acción existía en el derecho antiguo independientemente de la que el acreedor podía formar contra el tercero detentor para que le pague y contribuya á pagar ó á abandonar. Tiene otro objeto y carácter. Necesario bajo el imperio de nuestra nueva ley de notificación hipoteca prescribe por esto sólo: que el acreedor no promueva contra el tercero detentor, aunque el acreedor hubiera conservado acción personal contra el deudor; está, pues, interesado en reproducir la prescripción pidiendo un reconocimiento de su derecho hipotecario. Que no se objete que el acreedor puede apremiar al tercero detentor al pago ó al abandono. Esto supone que el crédito no es exigible; si no lo es el acreedor no puede ejercer su derecho de prosecución; tiene, pues, interés en exigir un reconocimiento de su derecho.

251. La ley quiere que un mandamiento se haga al *deudor originario*. ¿Quién es este deudor *originario*? La expresión supone que hay todavía otro deudor que aquel que el Código llama *originario*. En efecto, en la falsa teoría de la

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 436, nota 2, pfo. 287, y las sentencias en Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 1784 y 1785.

ley el tercero detentor es también un deudor según el artículo 97 (Código Civil, art. 2167); está obligado por todas las deudas hipotecarias, y, según el art. 98 (Código Civil, art. 2168), tiene que pagar todos los intereses y capitales exigibles. Hay, pues, dos deudores: uno hipotecario y uno personal; éste es el que la ley llama *originario*, porque es en su persona en la que la deuda tomó origen. La expresión, en tanto que supone dos deudores, es inexacta; sólo hay uno: el que habló en el contrato; el tercero detentor no está obligado personalmente; luego no es deudor; si puede ser perseguido es únicamente porque detiene un inmueble hipotecado para la deuda. Así el acreedor no puede demandar contra él el pago de la deuda, sólo tiene derecho de embargarle el inmueble y mandarlo vender para pagarse el precio en el orden de su inscripción y de preferencia á los acreedores no hipotecarios.

En lo que se refiere al deudor personal á quien debe darse el mandamiento, la razón es que todo embargo inmobiliario debe ser precedido de un mandamiento á la persona ó en el domicilio del deudor; y la acción hipotecaria del acreedor tiende á la expropiación forzada y conduce necesariamente á ella desde que el tercero detentor no paga las deudas inscritas. Es verdad que la ley sobre expropiación forzada (de 15 de Agosto de 1854, art. 14) supone que el embargo se ejerce contra el deudor, mientras que el derecho de prosecución se ejerce contra el tercero detentor; ¿por qué, pues, debe el acreedor hacer un mandamiento al acreedor personal? Porque éste está interesado en evitar la expropiación pagando á los acreedores inscriptos; si no paga el procedimiento conducirá á la expropiación del tercero detentor y, por tanto, á un recurso de garantía contra el deudor personal; este recurso someterá al deudor á daños y perjuicios, que tiene interés en evitar pagando si puede hacerlo.<sup>(1)</sup>

1 Martou, t. III, p. 315, núm. 1260.

252. ¿En qué forma debe hacerse el mandamiento? El mandamiento es el preliminar del embargo, aunque la expropiación se persiga contra el tercero detentor. Es, pues, la ley de 1854 sobre expropiación forzada la que debe recibir su aplicación (art. 14). El art. 2217 lo dice terminantemente: "*Toda promoción para expropiación de inmuebles debe ser precedida de un mandamiento de pago hecho por diligencia y requerimiento del acreedor á la persona del deudor, ó en su domicilio por ministerio de un diligenciario. Las formas de la notificación están fijadas por las leyes de procedimiento.*" El art. 673 del Código de Procedimientos fué reemplazado por el art. 14 de la ley de 15 de Agosto de 1854. No entraremos en pormenores de forma siendo el procedimiento ajeno al objeto de nuestro trabajo; hay un excelente comentario de la ley de 1854 sobre expropiación forzada, comenzado por Martou y Vandenkérckhove y continuado por Waelbroeck, nuestro sentido colega.

253. La ley quiere, en segundo lugar, que la notificación se haga al tercero detentor de pagar la deuda exigible ó de abandonar el inmueble (art. 99; Código Civil, art. 2169). Esta disposición, que reproduce la del Código Civil, debiera ser mejor redactada. La ley comienza por decir que es porque el tercero detentor no paga ni abandona por lo que el acreedor puede mandar vender el inmueble; luego añade que esto puede hacerse sólo treinta días después de la notificación de pago ó de abandono. Es, pues, por la notificación seguida de apremio como se abre el procedimiento; el apremio tiene por objeto poner al tercero detentor en el caso de tomar cualquier partido, ya sea purgar si todavía se encuentra en el plazo prescripto por la ley (art. 111), ya sea pagar ó abandonar si quiere evitar la evicción ó la expropiación (núm. 238).

Se pregunta por qué es por vía de *mandamiento* por lo que el acreedor interpela al deudor personal, mientras que

es el *apremio* el que lo constituye en masa. Es porque el mandamiento exige un título ejecutorio; y el acreedor sólo tiene título contra su deudor, no lo tiene contra el tercero detentor, que es extraño á la deuda y que sólo está obligado por razón de su detención; no puede, pues, mandarle nada; sólo tiene el derecho de apremiarlo á usar de las facultades que la ley le concede si quiere evitar ser despojado ó expropiado. (1)

254. ¿En qué forma debe hacerse la notificación? Del principio de que la notificación no es un mandamiento se sigue que las formas prescriptas para éste no tienen que ser observadas; la jurisprudencia está en este sentido, y como la cuestión no es dudosa basta establecer el principio; los pormenores pertenecen al procedimiento. (2) La notificación no tiene que contener más que el apremio de pagar ó abandonar. Y aun estos términos no son sacramentales. Fue sentenciado que el acreedor satisface las exigencias de la ley con menciones equivalentes, siempre que el tercero detentor esté debidamente avisado y conozca de un modo positivo la situación que tiene. En el caso la notificación que se notificaba al tercero detentor asegurara su título de adquisición y conformarse al art. 2183 (Ley Hipotecaria, art. 110), si no que el requirente promovería contra él la expropiación del inmueble. Esta era una notificación muy mal redactada, pues recordaba la formalidad de la purga, que nada tiene de común con el derecho de prosecución; pero la Corte creyó que la notificación llenaba suficientemente el objeto de la ley: por una parte la citación del artículo 2183 no dejaba ninguna duda acerca de la obligación de pagar y por la otra la amenaza de expropiación contiene necesariamente el apremio de abandonar, puesto que á falta de pago el abandono es el único medio que tie-

1 Pont, t. II, p. 496, núm. 1149. Martou, t. III, p. 317, núm. 1264.  
2 Véanse las sentencias citadas por Martou, t. III, p. 318, núm. 1265.

ne el tercero detentor para evitar las promociones directas por embargo inmobiliario. (1) ¿A qué interpretaciones forzadas tienen que recurrir los tribunales porque place á los redactores de actas no atenerse al texto de la ley!

255. ¿A quién debe hacerse la notificación? La cuestión de saber quién es tercero detentor da lugar á dificultades que examinaremos al tratar del abandono. Mientras que el heredero parcial no ha pagado su parte de la deuda es deudor personal, y la notificación sólo tiene que ser dirigida al tercero detentor, quien sólo tiene el derecho de abandonar; por tanto, el mandamiento que debe hacerse al heredero parcial como deudor basta. (2) Si la propiedad está desmembrada hay que ver en qué recae la hipoteca. Se supone que el inmueble hipotecado ha sido gravado con un usufructo por el deudor: la notificación deberá hacerse al tercer usufructuario y el mandamiento al deudor nudo propietario; estando éste obligado personalmente tiene que recibir un mandamiento. Si la nuda propiedad y el usufructo se encontraran en poder de un tercero se necesitaría una notificación al nudo propietario y al usufructuario, pues éste no puede abandonar la cosa sin el concurso del nudo propietario, quien sólo tiene capacidad para enajenar (art. 100; Código Civil, art. 2172). (3)

256. ¿Debe el mandamiento preceder á la notificación? Hay controversia en este punto y alguna duda. El texto parece exigir que el acreedor haga primero un mandamiento al deudor y luego una notificación al tercero detentor. Todo el mundo conviene en que esta manera de proceder es la más racional. Es verdad que el procedimiento está dirigido contra el tercero detentor, porque él es propietario y á él es á quien se va á expropiar; pero es precisamente para evitar

1 Metz, 17 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 2, 151).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 437, nota 5 y las autoridades que citan.

3 Pont, t. II, p. 497, núm. 1151 y las autoridades que cita.