

valecida por todas las inscripciones anteriores, aun por las que ya existían cuando la cancelación. Sin embargo, se admite que los acreedores cuya inscripción era posterior á la que había sido cancelada serían prevalecidos por la inscripción restablecida, como lo estaban por la inscripción cancelada. (1) Esto es muy equitativo, pero difícilmente se concilia con los principios que ha establecido la jurisprudencia. Si la inscripción cancelada queda desvanecida cualquier tercero interesado debería tener el derecho de prevalecerse de la cancelación, tanto los antiguos acreedores como los nuevos; en efecto, la cancelación les hace tomar lugar; para ellos es un derecho adquirido en la doctrina y en la jurisprudencia; este derecho adquirido debería ser respetado. Si se da á la inscripción restablecida su antiguo rango con relación á los acreedores inscriptos cuando la cancelación se debería también darle su lugar primitivo con relación á los nuevos acreedores. Aquéllos no pueden invocar más que el interés de la publicidad, pero ese interés debe ceder ante el derecho adquirido.

1 Martou, t. III, p. 281, núm. 1224. Aubry y Rau, t. III, p. 396, nota 42, pfo. 281.



## CAPITULO VII.

### DEL EFECTO DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS CONTRA LOS TERCEROS DETENTORES.

#### § I — NOCIONES GENERALES.

236. ¿Qué se entiende por *tercero detentor*? El tercero que posee el inmueble hipotecado. Se le llama *tercero detentor* para distinguirlo del deudor que ha hipotecado el inmueble y que también es un detentor. El deudor y el tercero están en una situación del todo diferente. El deudor está personalmente obligado á la deuda, la hipoteca no es más que un accesorio de la obligación principal, mientras que el *tercero* es extraño á la deuda. El tercero detentor es, pues, aquel que es tercero en cuanto á la deuda; es decir, que no está obligado, no tiene ningún compromiso con los acreedores; únicamente detiene el inmueble gravado con un cargo en favor de los acreedores hipotecarios. Esto caracteriza la situación del tercero detentor; no está obligado personalmente; si puede ser perseguido es sólo como detentor del inmueble hipotecado; es el inmueble el perseguido, no la persona.

La aplicación del principio da lugar á muchas dificultades; las examinaremos al tratar del abandono, porque es sobre todo en esa materia en la que se presentan.

237. ¿Cuál es el derecho del acreedor contra el tercero detentor? Tiene el derecho de prosecución cuando tiene un privilegio ó una hipoteca inscrita en el inmueble. El artículo 96 (Código Civil, art. 2166) explica el objeto de derecho de prosecución; los acreedores hipotecarios y privilegiados "persiguen el inmueble, por cualesquiera manos que pase, para ser *colocados* y *pagados* según el orden de sus créditos ó inscripciones." Pueden, pues, expropiar el inmueble en poder del tercero detentor como lo podían hacer cuando el deudor lo poseía; el objeto de la expropiación es el mismo: pagarse en el precio de preferencia á los acreedores quirografarios y según el orden de las inscripciones cuando hay concurso y conflicto de acreedores hipotecarios.

Los acreedores hipotecarios y privilegiados sólo son los únicos que tienen el derecho de prosecución, los quirografarios no lo tienen. Cuando el deudor enajena un inmueble este inmueble deja de formar parte de la prenda que los acreedores tienen en bienes del deudor, con tal que el adquirente transcriba el acta de adquisición; si no transcribe los acreedores del vendedor conservan su derecho en el inmueble, pueden embargarlo y expropiarlo. Esto no es el derecho de prosecución, es la consecuencia del principio de que el acta no transcrita no existe con relación á los terceros; los acreedores embargan, pues, el inmueble porque á falta de transcripción la cosa vendida está aún en el dominio del vendedor y forma, por consecuencia, parte de la prenda de sus acreedores.

¿Por qué da la ley el derecho de prosecución á los acreedores hipotecarios y privilegiados mientras que se lo niega á los acreedores quirografarios? Es porque los primeros tienen un derecho real mientras que los otros sólo tienen un derecho de crédito. Todo derecho real da, en principio, el derecho de prosecución; la razón es que afecta la cosa y

que la cosa queda afectada aunque pase á otras manos; quedando desmembrada en favor del acreedor permanece en estado de desmembramiento cuando el deudor la enajena. Tal es el motivo jurídico del derecho de prosecución. Resulta que los acreedores quirografarios no pueden tenerlo, pues no tienen un derecho en la cosa, sólo lo tienen contra la persona; si el deudor no satisface sus compromisos los acreedores tienen una acción en sus bienes que les sirven de prenda, pero no pueden ejercer este derecho más que en los bienes que están en el dominio de su deudor cuando la promoción; desde que el bien sale de su poder el derecho se extingue. El derecho de prosecución no puede, pues, pertenecer á los acreedores quirografarios; en contra es de esencia de las hipotecas y de los privilegios. El derecho de preferencia del acreedor sería ilusorio si no pudiera ejercerlo más que expropiando al deudor, pues pudiendo éste enajenar apesar de las hipotecas que gravan sus bienes la hipoteca y el privilegio no presentarían ya ninguna garantía. El derecho de prosecución es, pues, el complemento necesario del derecho de preferencia.

238. ¿Cuál es la situación de los bienes del tercero detentor cuando está perseguido por los acreedores hipotecarios ó privilegiados? El Código Civil contesta esta cuestión en los términos más inexactos. Si el tercero detentor no paga, dice el art. 2167, queda, por el solo efecto de las inscripciones, *obligado como detentor* por todas las deudas hipotecarias. Decir que el tercero detentor está *obligado* como tal á pagar todas las deudas inscritas en el inmueble es decir una herejía jurídica y una cosa contradictoria. Es precisamente porque el detentor del inmueble hipotecado es un *tercero* en la deuda por lo que no está obligado á pagarla y por lo que se le llama *tercero* detentor; luego como *tercero* no está obligado; llamarlo *tercero* detentor es declararle

*obligado* al pago de las deudas; es decir, que no es deudor porque es tercero y que, no obstante, tiene que pagar las deudas, lo que implica que es deudor. El art. 2168 agrega que el tercero detentor está *obligado*, en el mismo caso, á pagar todos los capitales é intereses exigibles ó á *abandonar* el inmueble. Al decir que está *obligado á pagar* ó á *abandonar* la ley entiende decir que *tiene que hacerlo*; el art. 1269 lo dice terminantemente: "Si el tercero detentor no satisface plenamente *una de las obligaciones* cada acreedor tiene el derecho de mandar vender el inmueble hipotecado." Esto es un nuevo error; el tercero detentor, por sólo que es *tercero*, no está obligado á nada, pues si estuviera *obligado* á cualquiera cosa ya no sería *tercero* detentor.

Los autores de la ley belga han querido corregir la mala redacción del Código Civil; pero, cosa singular, se olvidaron de modificar el art. 2167 (Ley Hipotecaria, art. 97); la nueva ley dice, como el Código Civil, que el tercero detentor permanece *obligado* como detentor á todas las deudas hipotecarias. El legislador belga se conformó con modificar el art. 2168, y esto que la corrección es insuficiente. Según el Código Civil el tercero detentor debe *abandonar* si no paga; esto implica desde luego que está obligado á abandonar, lo que no es exacto; esto implica también que á falta de abandonar tiene que pagar, lo que reproduce el error del Código; por esto el legislador belga mantuvo la redacción del art. 2169 calificando de obligaciones el abandono y el pago de las deudas.

Los autores de la ley belga parecen haber seguido la opinión de Troplong, cuya autoridad era grande antaño en Bélgica como en Francia. Se lee en el informe de la comisión especial: "La comisión no quiso cambiar nada á los principios en los que se fundan las *obligaciones* de los terceros detentores. Sólo que propone dar á los arts. 2168 y 2178 una redacción más conforme á los principios. La obli-

gación del tercero detentor no es pagar ó bien abandonar sino abandonar si no paga. (1) M. Lelièvre se expresa en el mismo sentido: "La acción hipotecaria no puede tener por objeto más que el abandono del inmueble. El pago de la deuda es una simple facultad del detentor." (2) Esta es, al pie de la letra, la doctrina de Troplong. "Todos aquellos, dice, que han escrito como jurisconsultos y no como prácticos han enseñado que el acreedor tiene el derecho de pedir al tercer poseedor no el pago de la deuda sino el abandono de la cosa." Nó, el acreedor no puede pedir al tercero detentor el abandono de la cosa ni tampoco el pago de la deuda; nada puede pedirle porque el tercero detentor no le debe nada. El abandono no es un derecho del acreedor, y es absurdo considerarlo como tal, puesto que el abandono no hace más que estorbar la acción de los acreedores. Es en favor del tercero detentor como la ley estableció el abandono; esto es tan cierto que, cuando los trabajos preparatorios á los que se entregaron en Francia para revisar el sistema hipotecario, se atacó calurosamente y se propuso suprimir el abandono porque atacaba los derechos de los acreedores. ¿Y se quiere que el objeto de su acción sea el abandono? ¿Qué es lo que quieren los acreedores al perseguir al tercero detentor? Mandar vender el inmueble con el fin de que se les pague de preferencia en el precio y en el orden de sus inscripciones. ¿Cuál es, pues, el objeto del derecho de prosecución? La expropiación del inmueble hipotecado. ¿A qué está obligado el detentor? A nada; sólo que sufre la expropiación. Pero la ley le da tres modos de evitar la expropiación. Primero, puede purgar; luego, puede pagar las deudas inscriptas, y, en fin, puede abandonar. Estas son, pues, tres facultades.

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 57).

2 Lelièvre, Informe (Parent, p. 155). Troplong, t. III, núm. 732. Compárese Durantón, t. XX, p. 379, núm. 233.

tades que la ley concede al detentor si quiere evitar la evicción ó la expropiación. Y es soberanamente ilógico dar el nombre de *obligaciones á unos derechos*. (1)

La mala redacción de la ley embrolla una situación que es muy sencilla. Cuando un crédito está garantizado por un privilegio ó una hipoteca los acreedores tienen dos derechos y dos acciones: un derecho y una acción contra el deudor y un derecho y una acción en la cosa que les da acción contra cualquier detentor de la cosa. Mientras que el deudor posee el inmueble la hipoteca es el accesorio de la obligación principal, y el derecho que da en el inmueble es el accesorio del derecho que el acreedor tiene contra la persona obligada. Cuando el deudor enajena el inmueble hipotecado las dos acciones se dividen; el acreedor tiene una acción contra el deudor tendiendo al pago de la deuda y tiene otra acción contra el detentor del inmueble tendiendo á la venta del inmueble. Es, pues, un contrasentido preguntar á qué está obligado el detentor; es el deudor quien está obligado, el tercero detentor no lo está en nada; pero deteniendo un inmueble gravado con hipoteca está expuesto á ser perseguido hipotecariamente. Sufrir la expropiación, hé aquí á lo que está obligado el detentor. Esto no es una obligación. Lo que lo prueba es que el tercero detentor puede libertarse de la promoción de expropiación: primero, purgando; luego, pagando las deudas inscriptas, y, en fin, sin pagar ni purgar abandonando el inmueble. Nunca se ha dicho que el tercero detentor tiene obligación de purgar; tampoco está obligado á pagar ni á abandonar; puede dejarse expropiar. Lo que el Código Civil y la ley belga llaman obligaciones son unos derechos, unas facultades de los que el detentor usa ó no usa. La Corte de Casación de Bélgica ha formulado estos principios en términos más exactos:

1 Martou, t. III, p. 309, núm. 1254, y p. 314, núm. 1259. Pont, t. II, página 483, núm. 1129.

«Los efectos de la hipoteca, dice, relativamente al tercero detentor, proceden exclusivamente del derecho real que la constituye; no le impone ninguna obligación personal hacia el acreedor hipotecario; éste, á falta de abandono, sólo tiene el derecho de mandar vender el inmueble hipotecado.» (1)

239. Del principio de que la acción de los acreedores contra el tercero detentor es una prosecución de expropiación se sigue que la venta del inmueble, si el tercero detentor no paga, tendrá que hacerse en las formas prescritas por la ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada. Sin embargo esta ley permite al acreedor inscripto primero estipular el derecho de mandar vender el inmueble en la forma de venta voluntaria. Esto es lo que se llama *aparejada ejecución* (art. 90). El tercero detentor, aunque no figuró en el contrato, tiene que sufrir esta cláusula, puesto que se liga al derecho de expropiación que el acreedor tiene contra él; tuvo, además, conocimiento de la cláusula al comprar, puesto que tiene que ser mencionada en la inscripción hipotecaria; si la ley quiere que sea publicada, es precisamente porque tiene efecto contra el tercero adquirente.

240. Para que los acreedores puedan ejercer su acción contra el tercero detentor es necesario que su privilegio ó su hipoteca estén inscriptos. Ya hemos dicho por qué razón; la hipoteca y el privilegio no existen para con los terceros más que por la inscripción. El Código Civil hacía excepción en favor de la hipoteca legal de los incapaces. Esta excepción fué abrogada. Toda hipoteca está sometida á la publicidad; los incapaces no tienen, pues, el derecho de prosecución sino cuando su hipoteca está inscripta. Lo mismo sucede con los privilegios: la redacción del art. 2166 del Código Civil daba lugar á una pequeña duda; decía que

1 Denegada, 31 de Enero de 1851, informe de M. De Cuyper (Pasicrisia, 1851, 1, 297).

los acreedores que «teniendo un privilegio ó una hipoteca inscrita en un inmueble;» parecía decir con esto que la ley sólo exigía la inscripción para las hipotecas y no para los privilegios. (1) Esto es una falsa interpretación. En efecto, ¿de qué hubiera servido á los acreedores privilegiados el derecho de prosecución sin inscripción, puesto que sin inscripción no tienen derecho de preferencia? Y es el derecho de preferencia lo que constituye la esencia del privilegio, así como de la hipoteca; el derecho de prosecución no es más que un medio para realizar el derecho de preferencia; no puede, pues, pertenecer más que á los que conservaron su derecho de preferencia tomando inscripción. Nuestra ley corta toda duda diciendo que el derecho de prosecución pertenece á los acreedores con privilegio ó hipoteca *inscritos* en un inmueble. No basta que el acreedor haya tomado inscripción, es necesario también que la haya conservado; si la deja caducar se considera como no haber sido tomada; por consiguiente, pierde todos los derechos que están ligados á ella, especialmente el de prosecución. (2) Su hipoteca puede hasta perder toda su eficacia si el tercero detentor transcribió, pues en este caso la inscripción no puede ya tener lugar. Transladamos á lo que hemos dicho acerca de la transcripción en los números 121 y 126.

241. La aplicación del principio al privilegio del arquitecto sufre alguna dificultad. Este privilegio se conserva con una doble inscripción: la de la primera acta y la de la segunda, hecha en los quince días de la entrega de los trabajos (art. 38). Se supone que el propietario vende el fundo en el que se ejecutan los trabajos antes de que éstos estén concluidos. Según el art. 112 la inscripción no puede ya to-

1 Pont, t. II, p. 475, núm. 1121.

2 Sentencia del Tribunal de Amberes de 4 de Febrero de 1875 (Pasirisia, 1876, 3, 29).

marse después de la transcripción del acta de enajenación. Si se aplica este principio al arquitecto la conservación de su privilegio será imposible, pues no puede transcribir antes de la enajenación una acta que la ley sólo le permite levantar después de concluidos los trabajos. ¿Cómo conciliar el derecho del arquitecto con el principio del art. 112? Hay una hipótesis en la que no hay ninguna duda. Si el adquirente continúa los trabajos ejecuta el trato hecho con el empresario, como si lo hubiera contratado; se permanece, pues, bajo el imperio del derecho común. El crédito del arquitecto y su privilegio nacen después de la venta; por tanto, el art. 112 es inaplicable; el acreedor privilegiado inscribirá la segunda acta en los quince días después de la entrega de la obra. Pero puede suceder que la obra no se acabe y que el comprador no quiera continuarla, ó bien esté acabada, pero no entregada. El arquitecto tiene, no obstante, un crédito por los trabajos ya ejecutados; ¿tendrá un privilegio por este punto? Se admite generalmente que podrá levantar acta después de la venta é inscribirla. (1) Esto nos parece muy dudoso. El principio del art. 112 es absoluto, la ley no admite ninguna excepción: ¿pertenece al intérprete derogarlo? Esto sería hacer la ley. Se dice que no puede depender del propietario el poner al empresario en la imposibilidad de conservar su privilegio enajenando el inmueble. El argumento se dirige al legislador, el intérprete está ligado por una regla absoluta, á la que no puede substraerse.

242. Hay un privilegio que está dispensado de la inscripción: es el de los gastos judiciales. ¿Resulta de esto que el acreedor podrá ejercer el derecho de prosecución en el inmueble gravado de su privilegio sin haberlo inscripto? La respuesta se encuentra en los textos de la ley. Si dispensa los gastos de justicia de la formalidad de la inscrip-

1 Martou, t. III, p. 300, núm. 1245. Pont, t. II, p. 475, núm. 1123.