

§ 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 exponemos 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 tercero detentor de pago de la deuda exigible ó de ceder la herencia.» Así lo exige la ley como preliminar de la promoción de expropiación: un mandato y una expropiación. En el derecho antiguo el acreedor debía comenzar por promover contra el tercero detentor para hacerle condenar 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 ó reconocimiento de hipoteca. Esta acción existía en el derecho antiguo independientemente de la que el acreedor tenía que formar contra el tercero detentor para que le condenaran á pagar ó á abandonar. Tiene otro objeto y todavía es necesario bajo el imperio de nuestra nueva legislación. La hipoteca prescribe por esto sólo: que el acreedor no promueve 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 orden de su inscripción y de preferencia á los acreedores no hipotecarios.

Es, pues, al deudor personal á quien debe darse el mandamiento. La razón es que todo embargo inmobiliario tiene que 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 inscriptas. 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. (1)

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 diligenciarario. 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 Vandekerckhove 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 decía 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 (Dalloz, 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.



esta expropiación por lo que la ley exija un mandamiento al deudor; si éste paga por el mandamiento que se le hace no há lugar á promover contra el tercero detentor. La única dificultad está en saber si el mandamiento hecho después de la notificación sería nulo. Se contesta ordinariamente que el texto no está bastante claro para que pueda inducirse una nulidad que la ley no pronuncia terminantemente. Los Sres. Aubry y Rau han contestado á la objeción, y, en nuestro concepto, su contestación es perentoria. Según el art. 2183 (Ley Hipotecaria, art. 110) el tercero detentor está decaído de la facultad de purgar después de 30 días contados desde la notificación que se le hizo, y es porque incurrió en este decaimiento por lo que el art. 2169 (Ley Hipotecaria, art. 99) permite á cada acreedor mandar vender el inmueble hipotecado contra él. Si el mandamiento pudiera hacerse después de la notificación hé aquí la consecuencia que resultaría. La notificación conserva su efecto durante tres años, como lo vamos á decir, durante estos tres años el acreedor podría hacer el mandamiento al deudor; éste quedaría, pues, decaído de la facultad de purgar mucho tiempo antes que el acreedor tuviera el derecho de promover por vía de embargo, lo que es contrario al texto como al espíritu de los arts. 2169 y 2183 combinados. El art. 2169 ministra otro argumento en el mismo sentido. Según esta disposición (Ley Hipotecaria, art. 104) los frutos del inmueble hipotecado sólo se deben al acreedor hipotecario, por el tercero detentor, á contar del día de la notificación de pago ó abandono; en la opinión que combatimos el tercero detentor perdería, pues, su derecho de goce antes que el mandamiento se hubiera hecho al deudor; es decir, antes que los acreedores tengan el derecho de proceder al embargo y la inmovilización de los frutos; es un efecto del embargo y el efecto no puede existir antes que la causa. Esto prueba que en el sistema del Código,

que también es el de la ley belga, el mandamiento debe proceder á la notificación. Hay, pues, textos precisos que implican esta manera de proceder y que confirman la interpretación que se da al art. 99 (Código Civil, art. 2169). (1)

257. Según el Código de Procedimientos (art. 674) el mandamiento caduca si no fué ejecutado en los noventa días de su fecha; la ley belga de 15 de Agosto de 1854 ha llevado este plazo á seis meses (art. 17). Se pregunta si pasa lo mismo con el mandamiento hecho al deudor en el caso en que la prosecución se hace contra el tercero detentor; hay un motivo para dudarlo: es que el Código de Procedimientos supone que la promoción está dirigida contra el deudor, mientras que en el caso del artículo 99 (Código Civil, art. 2169) el deudor permanece fuera de la promoción; sólo se le avisa, por el mandamiento, que el tercer adquirente al que vendió el inmueble hipotecado va á ser expropiado. La Sala Civil de la Corte de Casación contesta muy bien á la objeción, y la Sala de Requisiciones, que había primero apartado el Código de Procedimientos, acabó por adherirse á la jurisprudencia que declara aplicable el derecho de prosecución al plazo general prescripto para la perención del mandamiento. El Código Civil se limita á determinar las reglas según las cuales el acreedor hipotecario puede promover el ejercicio de su derecho contra el tercero detentor que no cumple con las formalidades de la purga; es el Código de Procedimientos el que fija la forma tanto de las actas de promoción como los preliminares, y el que determina la duración del tiempo por el que estas actas producen sus efectos. Sólo sería de otro modo si el Código contuviera un sistema completo acerca de las formas por seguir en caso de prosecución contra el tercero detentor.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 437, nota 6, pfo. 287 y, en sentido contrario, las autoridades que citan.



En lugar de esto el artículo 2169 (Ley Hipotecaria, artículo 99) sólo da al acreedor el derecho de mandar vender el inmueble contra el tercero detentor, sin decir una palabra de las formas que debe observar: sigue después en el título *De la Expropiación Forzada* el art. 2217, que reproduce en términos generales la disposición del art. 2169 diciendo que las formas del mandamiento y las de la prosecución de la expropiación están fijadas por la ley sobre procedimientos. Es, pues, en el Código de Procedimientos donde debe buscarse la solución de nuestra cuestión. Y los artículos 673-674 (art. 17 de la ley de 15 de Agosto de 1854) están concebidos en términos generales; se aplican á todas las promociones de embargo inmobiliario, sin distinguir si están dirigidas contra el acreedor que permaneció propietario del inmueble por él hipotecado ó si se ejercen contra un tercero detentor que no está obligado al pago de la deuda; fuera, pues, introducir en la ley una distinción arbitraria el restringir la aplicación de los artículos precitados á sólo las prosecuciones dirigidas contra el deudor de la deuda hipotecada. (1)

El argumento, bajo el punto de vista de los textos, nada deja que desear. Se ha pretendido que el efecto del mandamiento, en el caso del art. 99 (Código Civil, art. 2169), duraba tanto tiempo como la acción que le sirve de base. Esta doctrina es tan contraria á los principios como á los textos. El acreedor hipotecario no tiene dos derechos distintos, uno contra el deudor y otro contra el tercero detentor; sólo tiene un solo y mismo derecho en la cosa hipotecada para garantía de su crédito; su derecho no cambia, pues, de naturaleza según que lo ejerce contra el deudor; la persona de aquel contra quien promueve es indiferente, pues

1 Denegada, Sala Civil, 14 de Mayo de 1839, y Denegada, 16 de Mayo de 1843, sobre las conclusiones de Delangle [Daloz, en la palabra Privilegios, números 1809, 3.º y 5.º] Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 439, nota 4, párrafo 287 y las autoridades que citan,

la acción se sigue contra la cosa. Si su derecho es idéntico las condiciones prescriptas para al ejercicio del derecho deben también ser las mismas. ¿Por qué el mandamiento, en el caso del art. 99 (Código Civil, art. 2169), había de producir sus efectos mientras dure la acción cuando el mandamiento en general caduca después del corto plazo de seis meses (ó tres, según el Código de Procedimientos)? Esto sería una anomalía inexplicable. (1)

258. ¿Cuándo caduca la notificación? Acerca de este punto hay igualmente controversia. La ley decide la cuestión en términos formales. Sin embargo, hay una disposición que deja duda: la del art. 2176 reproducida por nuestra Ley Hipotecaria (art. 104). Después de haber dicho que el tercero detentor debe los frutos á contar desde el día de la notificación de ceder ó de pagar el art. 104 agrega: "Y si las promociones comenzadas han sido abandonadas durante tres años contados desde la nueva notificación que se hiciera" Si después de tres años se tiene que hacer una nueva notificación sólo puede suceder porque la primera ha perdido sus efectos. Es decir, que ha caducado. Se ha atenido á la letra la ley para deducir que no hay perención, en cuanto á los frutos, después de tres años, mientras que la notificación subsistirá en cuanto á los demás efectos. Esto sería admisible si hubiera un motivo para dividir los efectos de la notificación, pero en vano se buscaría una razón que aplicara esta anomalía; se debe, pues, admitir, que la notificación ha caducado totalmente. (2)

En la opinión contraria se divide. Se ha juzgado que la notificación conserva sus efectos durante treinta años; otras sentencias la han limitado á noventa días, aplicando á la notificación el art. 674 del Código de Procedimientos. Esta

1 Martou, t. III, p. 316, núm. 1263.

2 Martou, t. III, p. 319, núm. 1266. Pont, t. II, p. 497, núm. 1150. Aubry y Rau, t. III, p. 439, nota 12, pfo. 287.