

última opinión confunde dos actos esencialmente distintos: el mandamiento hecho al deudor y la notificación hecha al tercero detentor. Y la primera no tiene en cuenta el espíritu de la ley, limita los efectos del mandamiento á un término muy corto; si extiende hasta tres años el efecto de la notificación en lo relativo á los frutos habría una anomalía inexplicable al extenderlo hasta treinta años en cuanto al derecho de embargo. (1)

259. El mandamiento se hace al deudor personal. ¿Es decir, que el tercero detentor no puede prevalecerse de la falta de mandamiento, de la nulidad ó de la perención de este acto preliminar de la expropiación? Es cierto que si no hay mandamiento no puede haber venta forzada del inmueble, y el tercero detentor tiene interés y derecho en prevalecerse de la falta de observancia de la ley, porque tiende á evitar la expropiación que la amenaza; está, pues, interesado en que se apremie al deudor á pagar. Puede igualmente oponer la perención del mandamiento, porque una acta caducada se considera no haber sido hecha; si el acreedor está obligado á volver á comenzar el procedimiento debe reprocharse su negligencia. ¿Sucede lo mismo con la nulidad del mandamiento? La Corte de Casación, á la vez que concede al tercero detentor el derecho de oponer la nulidad del mandamiento, le hace una restricción. Sienta en principio que el tercero detentor tiene derecho é interés en apelar, para hacer que pronuncien la nulidad de las promociones hechas contra él, de los vicios de que adolece el mandamiento cuando el vicio es de la substancia del acta; la Corte entiende por esto las formalidades prescriptas por la ley para asegurar, en tanto como sea posible, la remesa á la persona del deudor. Tal era el vicio en la especie; el domicilio del deudor personal era desconocido y el diligenciarario no había hecho la notificación del acta conforme

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 439, nota 12.

á las reglas señaladas para la asignación de los que no tuvieran domicilio conocido. (1) La distinción que la Corte hace de las diversas formalidades cuya falta de observancia arrastra la nulidad del mandamiento es sutil, pero nos parece jurídica. En general es sólo al que se le ha notificado el acta el único que puede prevalecerse de la nulidad que resulta de la falta de observancia de las formas legales; el tercero detentor no puede, pues, invocar la nulidad del mandamiento si no tiene interés, y sólo está interesado en lo relativo á la remesa del mandamiento al deudor; los demás vicios le son extraños; corresponde al deudor hacerlos valer; si no los opone es que se cree suficientemente advertido; desde luego se logra el objeto del mandamiento en lo relativo al tercero detentor. (2)

En los casos juzgados por la Corte de Apelación siempre había interés para el tercero detentor. Así, pues, puede oponer la nulidad del mandamiento hecho á una persona que no tenía calidad para recibirlo; en este caso el deudor no ha sido advertido legalmente y no se ha colocado de modo á evitar la expropiación pagando. (3)

260. ¿Cuál es el efecto de la notificación en cuanto al tercero detentor? Está notificado á pagar la deuda exigible ó á ceder la heredad (art. 99; Código Civil, art. 2169). ¿Se debe concluir que ya no puede purgar? La ley responde á la pregunta en el capítulo *De la Purga*; en los términos del art. 110 (Código Civil, art. 2180) el tercero adquirente puede aún purgar «en los treinta días, á más tardar, contados desde la primera notificación que se le hubiera hecho.» Purgar es un derecho para el tercero detentor tanto como pagar ó ceder, y el tercero detentor conserva todos sus de-

1 Denegada, 18 de Febrero de 1852 [Dalloz, 1852, 1, 241]. Compárese Pont, t. II, p. 495, núm. 1148 y los autores que cita.

2 Aubry y Rau desechan la distinción (t. III, p. 439, nota 13, pfo. 287).

3 Nimes, 6 de Julio de 1812 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1804, 1.º]

rechos después de la notificación, sólo que se le apremia á ejercerlos. Las promociones del embargo no pueden comenzar sino después del vencimiento del plazo de treinta días. Después de este plazo cada acreedor tiene derecho, dice el art. 99 (Código Civil, art. 2169), á hacer vender el inmueble hipotecado. ¿Cuándo comienza á correr el plazo? La ley dice: «Después del mandamiento hecho al deudor original y de notificación hecha al tercero detentor.» Esto no quiere decir treinta días después del mandamiento; de modo que la notificación siempre se podría hacer con utilidad, aun la víspera del embargo; lo que sería absurdo, teniendo por objeto la notificación dejar un plazo moral al tercero detentor para pensar en el partido que tomará: purgar, pagar ó ceder. La palabra *después* se refiere, pues, á la notificación que se deba hacer después del mandamiento. Poco importa al tercero detentor cuándo se haga el mandamiento, porque no se refiere á él; él está apremiado por la notificación; por tanto, debe tener treinta días para deliberar, contados desde la notificación. (1)

261. ¿Cómo se cuenta el plazo de treinta días? El primer día, el en que se hizo la notificación, no está comprendido en el plazo, puesto que la ley dice que los acreedores pueden hacer vender el inmueble treinta días *después* del mandamiento hecho al deudor; los treinta días deben, pues, ser completos; lo cual excluye el día de la notificación. En cuanto al último día está excluido en el sentido de que los acreedores no pueden comenzar la promoción el trigésimo día; ese día pertenece aún al tercero detentor; no podrán embargar el inmueble sino un día después del trigésimo día. (2)

262. El tercero detentor puede purgar, pagar ó ceder.

1 Pont, t. II, p. 497, núm. 1152.

2 Martou, t. III, p. 320, núm. 1269. Pont, t. II, p. 498, núm. 1153 y las autoridades en sentidos diversos que cita.

Si no usa de ninguna de sus facultades los acreedores tienen el derecho de perseguirlo hipotecariamente; pero no pueden hacerlo condenar personalmente, puesto que no es deudor personal. (1) La ley consagra un capítulo especial á la purga. Nosotros no tenemos que tratar más que de la facultad de pagar las deudas hipotecarias y de la cesión. Ante todo se debe ver si el tercero detentor tiene excepciones que oponer á los acreedores que lo persiguen.

§ III.—DE LAS EXCEPCIONES QUE PERTENECEN AL TERCERO DETENTOR.

263. En el derecho antiguo se concedían numerosas excepciones al tercero detentor. La razón era la clandestinidad de las hipotecas; el tercero detentor compraba ignorando los cargos hipotecarios que gravaban el inmueble; sistema detestable que hacía de las transacciones inmobiliarias un contrato aleatorio; se socorrió á los terceros adquirentes prodigándoles las excepciones. Más valía advertirlos por la publicidad dada á los privilegios é hipotecas, dejándolos en el derecho común en cuanto á las excepciones. Esto es lo que ha hecho el Código Civil y, de una manera más completa, la ley belga.

Conforme al Código Civil el tercero detentor gozaba del beneficio de discusión; podía oponerse á la venta de la heredad hipotecada si quedaban otros inmuebles hipotecados en la misma fecha en la posesión del deudor principal, y requerir la excusión de antemano; durante esta excusión se sobreseía la venta del bien hipotecado. La excepción de excusión no se podía oponer al acreedor que tuviera un privilegio ó una hipoteca especial en el inmueble (arts. 2170 y 2171). Esta excepción no fué mantenida por la ley belga; no tenía razón de ser en un sistema que abollía las hipote-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 440 y nota 16, pfo. 287.

cas generales. Queda una hipoteca general: la que se establece en los bienes generales de los contadores en favor del Estado, de las provincias, de los municipios y establecimientos públicos. Los autores de la ley pensaron que esta hipoteca merecía bastante favor para no restringirla al beneficio de la excusión. (1) Se debía decir más: que el beneficio es una derogación al derecho del acreedor que no justifica ningún principio. El que tiene una hipoteca en todos los inmuebles del deudor puede perseguir hipotecariamente á cada uno de dichos inmuebles como lo entienda; esto es una consecuencia de la indivisibilidad de su derecho. Y la enajenación que hace el deudor de uno de los inmuebles hipotecados no amenaza el derecho del acreedor; puede, por consiguiente, promover contra el tercero adquirente, sin que éste pueda obligarlo á la excusión de los demás inmuebles hipotecados. Si el antiguo derecho le daba el beneficio de excusión era á consecuencia del favor con que distinguía al tercero detentor; este favor, que se explica bajo el régimen de la clandestinidad, ya no tiene razón bajo el régimen de la publicidad. (2)

264. El tercero detentor está del todo bajo el derecho común; no puede oponer á los acreedores más que las excepciones que se desprenden de los principios generales de derecho. Tal es la excepción de garantía. La acción de los acreedores contra el tercero detentor tiende á expropiarlo, luego á despojarlo, y el que debe garantizar no puede despojar. Si el acreedor que persigue llegara á ser heredero del vendedor sería rechazado por la excepción de garantía; estando obligado á garantizar al tercero detentor contra la evicción no puede despojarlo.

265. En el derecho antiguo el tercero detentor tenía la

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 57).
2 Martou, t. III, p. 324, núm. 1274 y los informes hechos en Francia sobre el proyecto de la Ley Hipotecaria por Persil y Vatimesnil.

excepción de *prioridad de hipoteca*; es decir, que si tenía por sí ó por subrogación una hipoteca anterior á la del acreedor que perseguía podía oponerse á las promociones hechas contra él, por motivo de que la promoción era inútil y frustratoria, al menos en el caso en que su crédito absorbiera el valor del inmueble. Esta excepción derogaba el derecho estricto del acreedor; su hipoteca le daba el derecho de expropiar al detentor del inmueble hipotecado, sin distinción, cualquiera que fuera el rango de su inscripción: *cada acreedor hipotecario*, dice el art. 99 (Código Civil, art. 2169), tiene derecho á hacer vender el inmueble del tercero detentor.

En vano se objetaría al acreedor que promoviera que no estaría colocado en orden útil; el crédito del tercero detentor absorbía el valor del inmueble hipotecado. Esta es una objeción de equidad, y la equidad no puede prevalecer al derecho. Aun bajo el punto de vista de la equidad se puede responder que el acreedor posterior en hipoteca tiene interés en provocar la venta del inmueble hipotecado, puesto que no se sabe á qué precio se pondrá el inmueble en el remate.

La circunstancia de ser el mismo detentor el acreedor anterior comprometió á la Corte de Rouen á hacerle una excepción contra el acreedor promovente; la sentencia fué casada, y debía serlo. El derecho de todo acreedor hipotecario de hacer vender el inmueble del tercero detentor es absoluto; la ley no lo deroga en el caso en que el tercero detentor fuera el mismo acreedor y anterior en lugar, y no puede haber excepción sin texto. Con mayor razón el tercero detentor no puede prevalecerse contra el acreedor promovente de lo que los demás acreedores tuvieran en el inmueble hipotecado con anterioridad; esto sería invocar el derecho de uno de los terceros, y esto en un ca-

so en que el tercero mismo no tuviera ningún derecho que oponer al acreedor promovente. (1)

Estas soluciones son incontestables bajo el punto de vista de los textos y de los principios. Sin embargo, queda una objeción contra la ley misma. El acreedor anterior puede tener interés en impedir la venta cuando se persigue en un momento en que el valor de las propiedades ha bajado, porque lleva el riesgo, en este caso, de no ser pagado íntegramente. La ley debería darle un medio para impedir una venta que no puede aprovechar á nadie: este medio sería el de concederle la subrogación al acreedor posterior que desinteresara. Con esto se conciliarían todos los derechos y todos los intereses. Dijimos en el título *De las Obligaciones* que la ley no permite la subrogación, y el intérprete no puede corregir la ley dando al tercero detentor las excepciones que ignora.

266. Se ha imaginado otro medio igualmente excepcional para satisfacer los intereses del tercero detentor, acreedor hipotecario, y el derecho del acreedor que persigue la expropiación del inmueble: es obligar á éste á ministrar una caución para que al inmueble se le dé un precio bastante elevado para no comprometer al derecho del tercero detentor. ¡Se diría, con razón, que los intérpretes son los legisladores y que les corresponde prescribir las condiciones para ejercer un derecho que la ley concede sin ninguna condición! Grenier y Troplong invocan el derecho antiguo. ¿Han olvidado que el derecho antiguo está abrogado y que no se le puede invocar, por muy equitativo que fuera, contra el Código Civil exigiendo del acreedor promovente una caución que la ley no permite pedir? Pothier mismo confiesa que la excepción de la caución sería contraria al rigor del

1 Casación, 10 de Febrero de 1818 [Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1755]. Compárese Martou, t. III, p. 321, núm. 1272; Pont, t. II, p. 492, núm. 1143; Aubry y Rau, t. III, p. 443, notas 27 y 29, pfo. 287.

derecho; pero la equidad, dice, se opone á que un acreedor hipotecario use de su derecho cuando no puede sacar ninguna ventaja y que su acción no tendrá más resultado que el de ocasionar gastos inútiles. Esta consideración, de gran peso para los jurisconsultos que tenían el derecho de decidir por equidad, no tiene ninguna autoridad para los autores modernos, que están encadenados por los textos y que restringiendo el derecho por la equidad violan la ley; las palabras son de Martou, y son justas. (1)

267. El art. 2037 dice que «el caucionante está descargado cuando la subrogación á los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor no puede, por el hecho de este acreedor, operarse en favor del caucionante.» Se pregunta si el tercero detentor puede oponer esta excepción al acreedor que la persigue. Esta cuestión ha sido acaloradamente controvertida; la jurisprudencia acabó por pronunciarse por la negativa. En nuestro concepto no es dudosa. (2) El tercero detentor no puede prevalecerse del art. 2037, porque la excepción establecida por este artículo únicamente se refiere al caucionante, y el tercero detentor no es caucionante. El argumento del texto bastaría para decidir la controversia si los intérpretes tuvieran más respeto al texto, pero buscan mil medios para escaparse cuando contrarían su opinión. Nos falta ver si se puede extender por analogía al tercero detentor lo que la ley dice del caucionante. A los autores les gusta invocar el espíritu de la ley contra el texto. En la especie la voluntad del legislador se opone á toda interpretación extensiva. ¿Por qué el caucionante está des-

1 Martou, t. III, p. 322, núm. 1272 y, en sentidos diversos, los autores que cita. Agréguese, en el sentido de nuestra opinión, Pont, t. II, p. 492, número 1143.

2 Dupret, nuestro apreciable colega de la Universidad de Lieja, estableció los verdaderos principios en esta materia (Revista de derecho francés y extranjero, 1845, ps. 401 y 505). Mourlón adoptó su opinión (Tratado de las subrogaciones, p. 528). Véanse, en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. III, p. 444, nota 30, pfo. 287, que enseñan la opinión consagrada por la jurisprudencia, así como Martou y Pont.

cargado cuando el acreedor ha, por su hecho, impedido la subrogación del caucionante á sus derechos? Esto es una consecuencia del contrato que se forma entre el caucionante y el acreedor. El caucionante se obliga por la deuda de un tercero porque cuenta con las garantías que son innatas al crédito y á las que está subrogado en virtud de la ley; se obliga, pues, bajo condición de esa subrogación; si por el hecho del acreedor la subrogación es imposible se rompe el contrato; faltando la condición bajo la que el caucionante se obliga su obligación cesa. Hé aquí la excepción consagrada por el art. 2037; implica la existencia de un contrato que estipula la subrogación, al menos implícitamente. ¿Es que se forma entre el tercero detentor y los acreedores hipotecarios un contrato por el cual el primero se obliga á pagar bajo la condición de que estará subrogado á los derechos de los acreedores? La pregunta no tiene sentido porque el tercero detentor no está obligado con los acreedores; sin esto no sería un tercero á la deuda. Luego la razón en la que se funda la excepción del art. 2037 es extraña al tercero detentor; no hay ninguna liga jurídica entre el tercero detentor y los acreedores hipotecarios; quedan bajo el imperio del derecho común en el sentido de que los acreedores son libres para hacer lo que tienen derecho á hacer. Se supone que hay otras garantías innatas á su crédito: las hipotecas á las que han renunciado ó que no han reservado. Este es su derecho: resulta de la indivisibilidad de la hipoteca. Pueden ejercer su acción hipotecaria en uno de los inmuebles hipotecados y no pueden ejercerla en el otro; pueden renunciar á una parte de su derecho ó dejarlo perecer; usan de su derecho sin lastimar un derecho de los terceros detentores, pues éstos no tienen derecho contra los acreedores hipotecarios. Se dijera en vano que el tercero detentor está subrogado á los derechos del acreedor como lo está el caucionante en virtud de la ley; que debe, por consiguiente, te-

ner el mismo derecho si el acreedor hace imposible esta subrogación. Ya hemos contestado á la objeción. Si el caucionante está descargado cuando, por hecho del acreedor, la subrogación no se puede operar en su favor es porque la subrogación es la condición bajo la que se obligó para con el acreedor; éste, al impedir la subrogación, rompe el contrato, y los terceros detentores no pueden decir que el acreedor ha roto el contrato, puesto que no hay contrato entre ellos.

Se invoca también en favor del tercero detentor una consideración de equidad. Si no intervino convención entre él y los acreedores promoventes no por esto deja de contársele en la subrogación para indemnizarlo por la pérdida que sufrirá en caso de evicción; está, pues, perjudicado por hecho del acreedor que hace imposible la subrogación. ¿No es justo que el acreedor repare el perjuicio que causa al tercer adquirente? Aun bajo el punto de vista de la equidad el tercero detentor está sin derecho por razón de que la ley le da un medio de resguardar sus intereses. Cumpliendo con las formalidades de la purga se pone al abrigo de todo perjuicio; si, pues, queda expropiado y lesionado es por su negligencia. Aun á este respecto hay una deferencia esencial entre el tercero detentor y el caucionante. Este sólo tiene una garantía: es la subrogación; por esto sólo se obligó á condición de quedar subrogado á los derechos del acreedor; además, se obligó para prestar un servicio; la equidad exige, por tanto, como el derecho, que quede descargado cuando la única garantía que tenía le es quitada por el deudor. No sucede lo mismo con el tercero detentor; la ley ha organizado en su favor un medio especial para borrar las hipotecas y privilegios en virtud de los que pudiera ser despojado: ¡que lo use! Se entiende que si el acreedor promoviera por dolo ó fraude el tercero detentor tendría una acción contra él: sería un delito, y cada quien responde de su delito.