

La Corte de Casación hizo esta reserva en excelentes sentencias que pronunció en esta materia. (1) La reserva hasta era inútil puesto que el dolo hace excepción á toda regla.

268. Hay autores que conceden al tercero detentor el derecho de suspender las promociones dirigidas contra él cuando ha hecho gastos necesarios ó útiles en el sentido de que puede retener el inmueble hasta reembolso de sus gastos. En nuestro concepto no tiene el derecho de retención; volveremos á esta dificultad al tratar del abandono.

269. La jurisprudencia concede al tercer detentor el derecho de poner en causa á los detentores de los otros inmuebles hipotecados para la misma deuda, con el objeto de que se les condene á contribuir al pago de la deuda. Este derecho está muy bien establecido en una sentencia de la Corte de Douai. Cuando hay varios detentores de inmuebles afectados á la garantía de la misma deuda el acreedor puede, en verdad, promover contra uno de los detentores por toda la deuda, y éste tiene que pagarla por entero en virtud de la indivisibilidad de la hipoteca. Pero al pagar la deuda queda subrogada al derecho del acreedor contra los demás detentores de los inmuebles hipotecados á la deuda; en definitiva, gravando con igual título el cargo hipotecario varios inmuebles tienen que ser soportado por todos ellos. Para evitar un rodeo inútil de acción es más sencillo que el detentor perseguido ponga á los demás detentores en causa con el fin de que el tribunal fije la parte contributiva de cada cual en la deuda. (2) El derecho que la jurisprudencia concede á los acreedores no es, pues, otro que el recur-

1 Sólo citaremos las últimas sentencias de la Corte de Casación; están muy bien motivadas. Denegada, Sala Civil, 22 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 5). Casación, 17 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 97). Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 34). La última sentencia de apelación está conforme. Caen, 26 de Noviembre de 1870 (Daloz, 1873, 2, 181).

2 Douai, 27 de Mayo de 1840; Angérs, 10 de Marzo de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1980).

so de garantía que les pertenece, ya sea porque paguen ó porque se dejen expropiar. No hay que inducir de esto que la deuda hipotecaria se dividirá entre el detentor perseguido y los otros detentores; esto sería contrario al principio de la indivisibilidad de la hipoteca; el acreedor tiene el derecho de perseguir por el todo á uno de los detentores, y éste tiene que pagar toda la deuda, ya directamente, ya abandonando ó dejándose expropiar; en cualquiera hipótesis tiene su recurso, y es este recurso el que puede mandar fijar cuando se le persigue.

#### § IV.—DEL PAGO DE LAS DEUDAS POR EL TERCERO DETENTOR.

270. Según el art. 97 (Código Civil, art. 2167) el tercero detentor que no purga permanece obligado á todas las deudas hipotecarias. Ya hemos dicho que pagar las deudas no es una obligación, que es una facultad que la ley da al tercero detentor que quiere conservar el inmueble hipotecado; pagando las deudas hipotecarias extingue las hipotecas que gravan el bien; por tanto, los acreedores no tienen ya acción contra él, pues ya no son acreedores. ¿Con qué calidad paga las deudas el tercero detentor? ¿Es como tercero detentor ó como deudor? Importa formular bien el principio porque sirve para decidir cuestiones controvertidas. Los autores dicen que el tercero detentor que se resuelve á pagar íntegramente las deudas se substituye al deudor personal; lo que parece decir que sus derechos y obligaciones son las del deudor, cuyo lugar toma. El art. 97 (Código Civil, artículo 2167) parece concebido en este sentido, pues añade que el tercero detentor goza en este caso de los plazos concedidos al deudor originario; la ley asimila, pues, el tercero detentor al deudor. Al pagar para substraerse á las promociones del acreedor el tercero detentor, se dice, se substituye enteramente al deudor principal, de modo que con relación

al acreedor las cosas pasan absolutamente como si el inmueble no hubiera cambiado de dueño. Esto es decir que las relaciones del tercero detentor con el acreedor son las de un deudor personal. (1)

Creemos que esta fórmula no es exacta y que sobrepasa la mente de los autores de quienes la tomamos. Al decir que el tercero detentor permanece obligado al pago de las deudas el Código nunca lo califica de deudor; el artículo mismo que es sitio del debate (art. 97; Código Civil, artículo 2167) dice que está obligado como *detentor* á todas las deudas hipotecarias, lo que implica que paga sin estar obligado personalmente. La ley se cuida mucho de decir, como lo hacen los autores, que el tercero detentor se substituye enteramente al deudor principal; si le concede los plazos de que goza el deudor la razón es que la enajenación del inmueble hipotecado no hace la deuda exigible y el acreedor hipotecario no puede tener contra el detentor un derecho que no tenía contra el deudor personal. No es, pues, porque el tercero detentor tome el lugar del deudor por lo que goza de los plazos, es porque la deuda queda lo que era. El espíritu de la ley no deja ninguna duda acerca de la verdadera situación del tercero detentor que paga las deudas hipotecarias. Las paga sin tener que hacerlo; esto basta para apartar toda idea de deudor personal; el detentor queda lo que era: tercero en cuanto á la deuda; la paga para conservar el inmueble, impidiendo la expropiación. El efecto de este pago es bien diferente del que hace el deudor. Cuando éste paga la deuda queda definitivamente extinguida; cuando el tercero detentor paga queda subrogado á los derechos del acreedor, á quien desinteresa; las deudas subsisten en su favor con las garantías que les están ligadas; se convierte en acreedor. Es, pues, imposible que haya pagado como deudor ó como substituto del deudor; no paga co-

1 Martou, t. III, p. 305, núm. 1251. Pont. II, p. 486, núm. 1132.

mo deudor, paga por el deudor. Tal es el verdadero principio; diremos más adelante las consecuencias que se desprenden de él.

271. ¿En qué sentido goza el tercero detentor de los plazos concedidos al deudor personal? Ya hemos contestado á la pregunta (núm. 245). El derecho del acreedor hipotecario queda, después de la enajenación del inmueble, lo que era antes. No adquiere un nuevo deudor; sólo que puede perseguir la deuda hipotecariamente contra el detentor del inmueble afectado á la seguridad de su crédito; y desde que el acreedor puede pedir por vía de acción hipotecaria el detentor tiene el derecho de pagarle, con el fin de extinguir su acción. No debe, pues, decirse que el tercero detentor goza de los plazos porque toma el lugar del deudor y que le está enteramente substituido; goza de los plazos porque paga, como tercero detentor, para librarse de las promociones hipotecarias, y estas promociones suponen una deuda exigible (art. 99; Código Civil, art. 2169). Es en la persona del acreedor en la que se encuentra la razón para decidir, no es en la persona del tercero detentor.

272. ¿Qué tiene que pagar el tercero detentor? El artículo 98 (Código Civil, art. 2168) contesta que debe pagar todos los intereses y capitales exigibles, cualquiera que sea su monto. ¿Por qué tiene que pagar íntegramente las deudas? Porque tiene que pagar lo que el acreedor tiene el derecho de pedir contra él en virtud de su derecho hipotecario; y la hipoteca garantiza toda la deuda; no hay que considerar cuál es el valor del bien poseído por el tercero detentor y si posee todos los bienes afectos al pago del crédito, la acción hipotecaria es indivisible, y es en virtud del derecho hipotecario en virtud del cual el tercero detentor es perseguido; si paga es para librarse de esta prosecución. Pero para que el tercero detentor tenga que pagar la deu-

da es necesario que esté inscripta; es, dice el art. 97 (Código Civil, art. 2167), por efecto de las inscripciones por lo que tiene que pagar, no es como deudor. En este sentido sus obligaciones son menos extensas que las del deudor personal. El tercero detentor está obligado á los cargos hipotecarios, y no hay más cargos que los inscriptos. No es, pues, exacto decir que el tercero detentor debe, como tenedor del bien y por razón de su detención, lo que el deudor tendría que pagar. (1) El deudor tiene que pagar toda la deuda y todos los accesorios de la deuda, en virtud de la obligación personal que tiene contraída, aunque el acreedor no hubiera inscripto, mientras que el tercero detentor sólo está obligado en virtud de la inscripción; una deuda no inscripta no es un cargo hipotecario, y el tercero detentor sólo está obligado hipotecariamente.

273. Esto es evidente en cuanto á los capitales. La cuestión sólo se presenta para los accesorios. Esto es demasiado absoluto; hay que añadir que los accesorios, así como los capitales, tienen que ser hechos públicos por la vía de la inscripción; unas acciones no inscriptas no son un cargo hipotecario y, por tanto, no pueden ser demandadas contra el tercero detentor, y éste sólo tiene que pagar lo que el acreedor puede demandar hipotecariamente. (2) Por otra parte, todo lo que se debe hipotecariamente puede ser perseguido contra el tercero detentor, y éste está obligado á pagarlo si quiere libertarse de la acción del acreedor. Tales son los gastos y costas; la ley no las menciona en el artículo 98 (Código Civil, art. 2168), sólo habla de los intereses; se ha concluido de esto que el tercero detentor no tiene que pagar los gastos; hay que decir que los debe si los gastos están garantizados por una hipoteca y si el acree-

1 Pont, t. II, p. 485, núm. 1130.

2 Pont, t. II, p. 484, núm. 1130. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 440, nota 15, pfo. 287.

dor los conservó por una inscripción; en efecto, el art. 97 sienta en principio que el tercero detentor está obligado á todas las *deudas hipotecarias*, y no las hay sin estipulación de hipoteca y sin inscripción. Sólo que los accesorios no tienen que estar estipulados en términos expresos, quedan comprendidos en la deuda principal. Queda por saber lo que se entiende por accesorios. Ya hemos examinado la cuestión en otro lugar (t. XXIX, núms. 324-327); en nuestro concepto no hay más accesorios que los intereses; la hipoteca estipulada para la deuda principal garantiza también los intereses á condición de que el acreedor los conserve por la inscripción. En cuanto á los gastos no son accesorios, puesto que sólo se deben accidentalmente; tienen que ser, por consiguiente, objeto de una estipulación hipotecaria, y, además, el acreedor tiene que inscribirlos para que tenga, por este punto, un derecho de preferencia y un derecho de prosecución. (1)

274. En cuanto á los intereses el art. 98 (Código Civil, art. 2168) dice que el tercero detentor debe pagar todos los intereses. ¿Quiere esto decir que tiene que pagar todos los intereses que tendría que pagar el deudor? La solución depende del principio que rige lo que la ley llama la obligación del tercero detentor. Si se admite que al usar de la facultad de pagar se substituye al deudor personal y toma su lugar hay que decir que el tercero detentor está obligado á pagar todos los intereses vencidos, aunque el acreedor no los hubiera conservado, pues la inscripción es extraña á las relaciones del acreedor con el deudor; éste está obligado en virtud del lazo de obligación, haya ó no tomado inscripción; y lo que es verdad para el deudor también lo sería para el detentor si éste, al pagar, se substituye al deudor, pues al substituirlo tiene que pagar lo que debe el

1 Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 440, nota 15, pfo. 287 y las autoridades que citan.

substituido. Ya hemos dicho que tal no es el verdadero principio (núm. 270); el tercero detentor nunca está obligado más que hipotecariamente, y sólo son cargos hipotecarios los que han sido inscritos. Debe, pues, aplicarse á los intereses la disposición del art. 87 (Código Civil, art. 2151); la inscripción del capital conserva los intereses por tres años; por tanto, el tercero detentor tiene que pagarlos. En cuanto á los otros intereses el acreedor tiene que tomar inscripciones especiales; si lo hizo el tercero detentor tendrá que pagar todos los intereses conservados, pero á falta de inscripción los intereses no son debidos por el tercero detentor, aunque lo sean por el deudor personal. Esta es la opinión que domina en la doctrina y en la jurisprudencia (1) y creemos inútil insistir; al sentar el principio hemos contestado ya á las razones que se dan en apoyo de la opinión contraria. Queda una leve dificultad de texto. El art. 98 dice que el tercero detentor tiene que pagar *todos* los intereses. ¿Quiere esto decir que los intereses sean ó no conservados? Si se interpreta así el art. 98 (Código Civil, art. 2168) se le pone en contradicción con el art. 97 (Código Civil, art. 2167); en efecto, esta última disposición es la que pone el principio y obliga al tercero detentor á pagar las deudas hipotecarias por efecto de las inscripciones; luego no está obligado á intereses que no están inscritos. El espíritu de la ley está en armonía con los textos así interpretados. Si la ley prescribe la publicidad para los intereses así como para los capitales es para hacer conocer á los terceros interesados el monto exacto de los cargos hipotecarios; y entre estos terceros interesados se encuentran los adquirentes tanto como los acreedores.

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 421, nota 12, pfo. 285, y las sentencias en el Repertorio de Dalloz, núms. 2411-2413. Agréguese Bruselas, 10 de Mayo de 1854 (Pasicrisia, 1855, 2, 314).

### § V.—DE LA CESION.

#### Núm. 1. Nociones generales.

275. La cesión de la heredad hipotecada es una de las facultades que la ley concede al tercero detentor. No define la acción; la definición que generalmente se da no es del todo exacta. «Es, dice Troplong, el abandono de la *posesión* de la herencia hecha por el tercero detentor á los acreedores inscritos para exceptuarse de la expropiación.» (1) Si Troplong dice que la cesión es el abandono de la *posesión* del inmueble hipotecado es para marcar que el tercero detentor, al ceder, no abandona la propiedad á los acreedores; lo que es muy justo, como lo diremos más adelante. Se debe agregar que la cesión no es el abandono mismo de la *posesión*. Nuestros antiguos autores se expresaron con mayor exactitud. «Para lo que es del efecto principal, dice Loyseau, á saber, de la enajenación que puede resultar de esa cesión, se debe tener cuidado de que el que cede las heredades por las hipotecas no abandone absolutamente la *propiedad* y la *posesión* sino solamente le abandone la simple *detención* y *ocupación*» (2) Esto resulta, evidentemente, del objeto que tiene el tercero detentor al ceder. Loyseau nos lo dice. En el derecho antiguo la insolvencia se consideraba como infamia; de aquí las formalidades deshonrosas á las que se sometía al deudor que cedía sus bienes, aunque lo hiciera con el consentimiento de los acreedores. Esta misma ignominia era también innata de la venta forzada de los bienes que los acreedores perseguían por el embargo y la expropiación. Es verdad que el tercero detentor no es deudor y que no es él insolvente sino en apariencia, puesto que el procedimiento se sigue contra él; para evitar una ver-

• 1 Troplong, t. III, núm. 785, seguido por Martou, t. III, p. 306, núm. 1253; Aubry y Rau, t. III, p. 448, nota 45.

2 Loyseau, Del Abandono, lib. VI, cap. III, núm. 3.

güenza que no merecía cede la herencia á los acreedores; el procedimiento se sigue contra un curador, el nombre del propietario ya no figura. (1) Nuestras costumbres se han modificado, no es nada deshonroso quebrar; pero hay otro interés por el que el tercero puede ceder la herencia á los acreedores: el que el embargo y la expropiación pueden amenazar el crédito del posesor en la opinión del público, que ignora de ordinario si el embargo se ha practicado contra el detentor por deudas personales ó por deudas á las que está obligado hipotecariamente. Hay además las molestias y dificultades de un largo procedimiento en el que el tercero detentor no es en realidad parte interesada; es muy natural que pueda substraerse á eso abandonando á los acreedores el inmueble hipotecado: este abandono nos perjudica, puesto que pueden proceder contra el curador tanto como contra el tercero detentor.

Tal es el objeto de la cesión. ¿Se debe, para alcanzarlo, que el tercero detentor abdique la propiedad del inmueble? Nó, este abandono no tendría ninguna razón de ser; los acreedores no tienen ningún interés en convertirse en propietarios; quieren que se les pague y para eso basta que el inmueble sea vendido. Tampoco es necesario que el tercero detentor les abandone la posesión, basta que les abandone la detención en razón de la que está expuesto á las promociones de los acreedores hipotecarios. Así el tercero detentor queda propietario; más adelante diremos cuáles son las consecuencias que resultan. También conserva la posesión; de modo que la prescripción continuaría corriendo en su favor y le podría aprovechar si después de haber cedido volviera á tomar el inmueble, como tiene el derecho de hacerlo, pagando la deuda y los gastos (art. 101; Código Civil, art. 2173).

276. «La cesión por hipoteca se hace en la secretaría del

<sup>1</sup> Loyseau, Del Abandono, lib. VI, cap. VII, núm. 5.

tribunal de la situación de los bienes, dando copia del acta dicho tribunal» (art. 102; Código Civil, art. 2174) ¿Por qué se hace la acción en la secretaría? Es una especie de publicidad que se da á la cesión en interés del tercero detentor más que en el de los acreedores. La declaración hecha en la secretaría no basta para admitir al acreedor que ha intentado las promociones; es preciso que se le informe directamente que el tercero detentor cede la herencia con el objeto de que sepa contra quién debe dirigir sus promociones. El acta de cesión se hace en la secretaría y es notificada al acreedor pretendiente, así como al vendedor, deudor personal; la cesión conduce á la expropiación y el deudor tiene interés en evitarla porque es garante de la evicción; de aquí la necesidad de notificarle la cesión.

La ley dice que el tribunal da acta de la cesión al tercero detentor. Esto supone una instancia. Se necesita, pues, que el tercero detentor asigne al acreedor promotor y al deudor principal. Sin embargo, la intervención del tribunal no es necesaria sino cuando los acreedores contestan; pueden sostener que el tercero detentor no tiene el derecho ó capacidad para abandonar; pero si no contestan y declaran aceptar la cesión un procedimiento judicial sería inútil y, por lo tanto, frustratorio. (1)

277. «Para la petición á pedimento del más diligente de los interesados se nombra para el inmueble cedido un curador, al que se persigue para la venta del inmueble en las formas prescriptas para las expropiaciones» (art. 102; Código Civil, art. 2174). El inmueble cedido está vacante en el sentido de que no hay persona que lo represente, aunque el tercer adquirente quede propietario y posesor; se necesita un representante del inmueble que lo guarde y reciba

<sup>1</sup> Martou, t. III, p. 343, núm. 1306. Pont, t. II, p. 519, núms. 1189 y 1190. La Corte de Bourges exige erróneamente una homologación. El Código no dice esto (Sentencia de 2 de Abril de 1852, Dalloz, 1854, 5, 421).