

pues no es *tercero* en la deuda, está obligado por el todo; de modo que ni podrá abandonar pagando su parte; la deuda no se divide más que entre los codeudores; para con el acreedor cada deudor solidario está obligado como si fuera único deudor.

Asimismo el caucionante que se convirtiera en adquirente de un inmueble hipotecado á la deuda por el deudor principal no podría abandonar, pues el fiador, aunque detentor de la heredad hipotecada, está obligado personalmente; desde luego no lo puede abandonar. No debe confundirse con el caucionante al tercero que hipoteca un inmueble para una deuda de la que no está personalmente obligado; se califica algunas veces este compromiso de caución real; esta es una mala expresión que induce en error; el tercero, en el caso, no es caucionante, no está obligado personalmente; luego puede abandonar.

287. El deudor cónyuge está personalmente obligado; pero deja de estarlo, á diferencia del deudor solidario, cuando paga su parte de deuda; entonces puede abandonar. Este principio recibe su aplicación á los herederos del deudor; están obligados personalmente, puesto que el deudor se obligó por él y por sus herederos; luego no puede abandonar. Pero las deudas, aun solidarias, se dividen entre ellos; cada uno está obligado sólo por su parte hereditaria; si paga dicha parte deja de estar obligado personalmente. Si es detentor de un inmueble hipotecado á la deuda podrá también ser perseguido hipotecariamente; pero por esta prosecución puede abandonar, puesto que deja de estar obligado personalmente.

Lo que decimos del heredero se aplica al beneficiario tanto como al heredero puro y simple. De que el beneficiario sólo está obligado hasta concurrencia de su emolumento hay que cuidarse de concluir que no es deudor personal. Loyseau sienta el principio con excelentes términos: "Todas las

reglas, dice, que se observan con el heredero simple deben observarse para con el heredero á beneficio de inventario, puesto que no puede nunca estar obligado á más del valor de los bienes hereditarios; pero además de esta particularidad y de las que de ella resultan lo mismo pasa en todo que para el heredero puro y simple." No puede, pues, abandonar si es único heredero. Si hay varios herederos podrá abandonar después de haber pagado la parte de deuda que tiene que soportar; pero no hay que perder de vista que el heredero beneficiario sólo puede enajenar cumpliendo las formalidades prescritas por la ley (art. 806); y el abandono está considerado por el Código como un acto de enajenación, puesto que exige la capacidad de enajenar para abandonar. Si el heredero beneficiario abandonara sin observar las formas el abandono sería válido, pero perdería su beneficio de inventario por haber hecho una acta de disposición que un heredero puro y simple tiene sólo el derecho de hacer. (1)

288. Lo que decimos de los herederos se aplica á los legatarios y á los herederos contractuales si son sucesores universales ó á título universal. Los legatarios ó donatarios á título particular pueden abandonar, puesto que no están obligados á ninguna deuda. Se sigue de esto que un donatario de bienes presentes podría abandonar, pues su título no es universal y, por tanto, no es deudor. Traducimos en cuanto al principio á lo dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*.

289. La mujer común en bienes que acepta la comunidad está obligada á la mitad de las deudas á título de socio, luego como deudora personal. Goza, es verdad, de un beneficio de emolumento; pero aunque no pueda ser demandada más que hasta concurrencia de su emolumento no de-

1 Loyseau, *Del Abandono*, t. IV, cap. IV, núm. 20. Pont, t. II, p. 515, número 1184. Martou, t. III, p. 332, núm. 1284.

ja de estar obligada personalmente. No puede, pues, abandonar más que si paga la mitad de la deuda hipotecaria por la que se le demanda. Esto es la aplicación del derecho común. Si la mujer renuncia puede siempre ser demandada hipotecariamente, pero deja de estar obligada como socio. Sin embargo, estos principios reciben una restricción. Si la deuda por la que la mujer está demandada ha sido contraída por ella es deudora personal; no hay que distinguir en este caso si acepta ó si renuncia, siempre puede ser demandada por el acreedor. Poco importa que tenga un recurso contra su marido ó sus herederos, no por esto deja de estar personalmente obligada á la deuda; debe, pues, aplicársele el principio del art. 100 (Código Civil, art. 2172).

Se presentó otra dificultad en materia de comunidad. La mujer ejerce el retiro de indivisión; es decir, que saca de la comunidad un inmueble adquirido por su marido y del que era copropietaria por indiviso. Si el precio no está pagado la mujer podrá ser demandada hipotecariamente por el vendedor privilegiado, puesto que detiene un inmueble gravado de privilegio. ¿Puede abandonar? La solución depende del punto de saber si la mujer que retira el inmueble se vuelve deudora del vendedor. Ya hemos decidido la cuestión negativamente en el título *Del Contrato de Matrimonio*. La mujer debe una compensación á la comunidad, pero no está obligada en virtud del contrato de venta; lo que es decisivo en lo relativo al abandono. (1)

290. «El abandono puede hacerse aun después de que el tercero detentor ha reconocido la obligación ó sufrido una condena con tal calidad únicamente» (art. 101; Código Civil, art. 2173). ¿Qué entiende la ley por *reconocer la obligación* en calidad de *tercero detentor*? Esto quiere decir que el tercero detentor reconoce que el inmueble que retiene

1 Denegada, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232). Compárese nuestro tomo XXI, núm. 352.

está gravado con una hipoteca para la seguridad de una obligación contraída por un tercero. El reconocimiento tiene por objeto impedir la prescripción ó interrumpirla. Según el art. 108 el tercero adquirente puede estar obligado á ministrar un título de reconocimiento de la hipoteca á contar de la transcripción de su adquisición. Con este título el tercero detentor reconoce la existencia de la hipoteca que grava el fundo. El reconocimiento no tiene por efecto obligar al tercero detentor personalmente; se reconoce, al contrario, tercero detentor en el acta de reconocimiento; luego puede abandonar, no apesar de su reconocimiento sino en virtud de éste. Lo mismo sucede con el nuevo título que tiene que dar al acreedor hipotecario veintiocho años después de la fecha del acta de reconocimiento primitivo.

El detentor del inmueble á quien el acreedor pide un reconocimiento de la hipoteca puede negarlo si pretende que su inmueble está libre de todo cargo hipotecario. En este caso surge un proceso: si el detentor sucumbe ¿podrá todavía abandonar? El art. 101 (Código Civil, art. 2173) decide la cuestión afirmativamente, y la solución no es dudosa. En efecto, el tercero detentor está condenado á reconocer la existencia de la hipoteca; está, pues, condenado como *tercero detentor* y no como deudor personal; este es un reconocimiento forzado de la hipoteca, y éste no tiene más efecto que el reconocimiento voluntario. Se entiende que sucedería de otro modo si el debate recayera en la existencia de la deuda que el demandante reclama contra el detentor del inmueble, no como detentor sino como deudor; si sufrió una condena con tal título quedaría sentenciado que es deudor personal; por tanto, ya no podría abandonar.

291. El adquirente se obliga por su contrato á pagar á los acreedores inscriptos. ¿Se convierte con esto en deudor personal y, por tanto, no puede abandonar? Hay alguna in-

certidumbre en este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Si los acreedores intervienen en el contrato por el que el adquirente se obliga á entregarles su precio no hay ninguna duda. El texto del art. 100 (Código Civil, artículo 2172) recibe su aplicación: el adquirente está personalmente obligado á la deuda; luego no puede abandonar. Sin embargo, hay que aportar una restricción á esta decisión. Los acreedores hacia los que el adquirente se compromete aceptan un nuevo deudor, pero no renuncian su crédito ni el derecho hipotecario que lo garantiza; pueden, pues, perseguir al adquirente hipotecariamente; si le notifican de pago ó de abandono el adquirente es tercero detentor y con tal título puede abandonar ó dejarse expropiar. Si abandona los acreedores no pueden quejarse; ¿qué les importa, además? En lugar de vender el inmueble contra el adquirente persiguen su expropiación contra el curador; el abandono no altera, pues, sus derechos. (1)

Ordinariamente los acreedores no intervienen en el contrato y el comprador se obliga para con el vendedor á pagar á los acreedores inscriptos. ¿Se convierte en deudor personal de los acreedores? Sólo se es personalmente deudor, como lo dice el art. 100 (Código Civil, art. 2172), cuando se compromete uno para con los acreedores; los que no hablan en el contrato no pueden prevalecerse de él, así como no se les puede oponer. De esto se sigue que, en principio, el adquirente no se convierte en deudor personal de los acreedores, aunque se obligue con el vendedor á pagar el precio á los acreedores inscriptos. Hay una sentencia en este sentido. (2) La doctrina se pronunció en sentido contrario,

1 Aubry y Rau, t. III, p. 446 y nota 37, pfo. 287 y las autoridades que citan. Martou, t. III, p. 336, núm. 1296.

2 Denegada, Sala Civil, 27 de Junio de 1838 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1853, 1.º) Orleáns, 28 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 135). Bruselas, 14 de Febrero de 1825 (Pasicrisia, 1825, p. 308). Lieja, 1.º de Mayo de 1871 (Pasicrisia, 1871, 2, 191).

y hay también sentencias en favor de esta opinión. Apartamos la jurisprudencia; tiene poca importancia en esta materia porque no está muy motivada. (1) La doctrina deja también que desear. Si se atiende uno á los principios la solución es muy fácil. Los acreedores no han intervenido en el contrato, el adquirente no está obligado hacia ellos, pero se obligó con el vendedor, y los acreedores pueden ejercer los derechos del vendedor contra el adquirente. Lo pueden, desde luego, en virtud del art. 1121; este es, en nuestro concepto, el punto decisivo. El vendedor, al estipular que el comprador pagará el precio á los acreedores, hace una estipulación en su propio interés; debe, pues, aplicarse el art. 1121, según el cual «se puede estipular en favor de un tercero cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para uno mismo.» El vendedor tiene el derecho de estipular que el precio será pagado á sus acreedores; éstos, al aceptar el beneficio de esta estipulación, adquieren una acción personal contra el adquirente que se obligó á pagar el precio; si promueven en virtud de esta estipulación el comprador no puede, seguramente, abandonar, puesto que no lo demandan hipotecariamente como detentor, lo demandan como deudor personal; no puede, pues, tratarse de un abandono.

Toca á los acreedores ver si está en su interés aceptar la estipulación hecha en su favor ó atenerse á su derecho hipotecario; sólo tienen interés en aceptar si el precio basta para desinteresarlos y si este precio les está realmente pagado ó si se les dan garantías para el pago. Además, el solo hecho de aceptar el beneficio de la estipulación no les hace perder su derecho hipotecario; aceptan un nuevo deudor sin renunciar ninguno de sus derechos. Pueden, pues, promover hipotecariamente; en este caso el adquirente

1 Véanse las sentencias relatadas en el Repertorio de Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1852.

te notificado de pago ó de abandono á título de tercero detentor tendrá el derecho de abandonar. (1)

La mayoría de los autores se apegan á la decisión de la cuestión del art. 1166. Es cierto que los acreedores hipotecarios pueden ejercer los derechos del vendedor contra el adquirente, puesto que el vendedor es su deudor; y si los promueven en nombre del vendedor contra el adquirente éste no podrá, seguramente, substraerse á su acción cediendo, porque los acreedores no promueven contra él en virtud de su derecho hipotecario, lo persiguen por una acción personal: la del vendedor; no se puede, pues, tratar de cesión. (2) Pero este modo de ver la cuestión es puramente teórico. Es raro que los acreedores hipotecarios tengan interés en promover por la vía indirecta del art. 1166, porque esta acción no les asegura el pago de sus créditos; el producto de la acción cae en manos del vendedor y se convierte en prenda de todos los acreedores; mientras que al ejercer la acción hipotecaria se les paga de preferencia á los demás acreedores.

292. La doctrina que acabamos de exponer nos deja una duda en lo relativo á la facultad de ceder que los autores y la jurisprudencia reconocían al adquirente cuando se le perseguía hipotecariamente cuando dicho adquirente estaba obligado personalmente al pago de la deuda. Nos parece que esta opinión no tiene en cuenta los términos absolutos del art. 100 (Código Civil, art. 2172). Al decir que la cesión no la puede hacer el *tercero detentor* que está personalmente obligado á la deuda la ley supone que el adquirente está perseguido hipotecariamente, sin lo que no se podría tratar de cesión. El tercero detentor está, pues, notificado á pagar ó á ceder; ¿puede ceder si está personalmente

1 Aubry y Rau, t. III, p. 446, nota 38, pfo. 287.

2 Martou, t. III, p. 336, núm. 1296; después Troplong, t. III, núm. 813. Pont, t. II, p. 514, núm. 1180.

obligado á la deuda? Nó, conforme al texto del art. 100 (Código Civil, art. 2172), y el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto; en efecto, la cesión no lo pondría al abrigo de la acción de los acreedores, puesto que respecto á ellos está personalmente obligado. La cesión, después de todo, es una cosa del todo secundaria; se la podría abolir, como se propuso en Francia cuando se ocuparon de la reforma del régimen hipotecario, sin que dicha abolición cambiase en nada los derechos de las partes interesadas; los acreedores hipotecarios siempre tendrían el derecho de expropiar al detentor del inmueble hipotecado; sólo que la expropiación se haría en él en vez de hacerla en un curador, porque esto es toda la cesión.

293. En fin, el tercero detentor no puede ceder si ha ofrecido á los acreedores pagarles su precio y si aquéllos han aceptado dicha oferta. La oferta que hace el adquirente de su precio es la condición esencial requerida para la purga. Cuando el adquirente ha declarado á los acreedores inscriptos que estaba dispuesto á pagar las deudas y cargos hipotecarios hasta concurrencia de su precio y que los acreedores acepten dicha oferta el adquirente estará obligado personalmente en virtud de la convención que se forma por la oferta y la aceptación. Los acreedores pueden aceptar de un modo expreso ó tácito. Hay aceptación tácita cuando los acreedores privilegiados ó hipotecarios dejan correr el plazo de treinta días que les fué concedido para pedir el remate del inmueble. La oferta del adquirente es, en este caso, aceptada por los acreedores: se forma un contrato entre ellos y, por consiguiente, el adquirente está personalmente obligado. La Corte de Casación concluyó que el adquirente no puede ceder; lo cual es evidente, puesto que obligado personalmente sólo pagando puede librarse de su obligación. (1)

1 Denegada, Sala Civil, 4 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 83).

*II. Se necesita tener la capacidad de enajenar para ceder.*

294. El art. 110 exige una segunda condición para que el tercero detentor pueda ceder: debe ser capaz de enajenar. Esta condición no está en armonía con el objeto y el efecto de la cesión. El que cede no abdica ni la propiedad ni la posesión del inmueble hipotecado; únicamente abandona la detención y con el único objeto de substraerse á la vergüenza y las mortificaciones que acompañan á la expropiación forzada. Si no enajena ¿por qué se le exige que tenga la facultad de enajenar? Los autores titubean mucho para contestar á la pregunta. (1) Dicen que la cesión encamina á la enajenación, lo que no es exacto; es la promoción hipotecaria la causa de la enajenación; la cesión no activa el procedimnto, al contrario lo estorba, puesto que obliga á los acreedores promoventes á nombrar un curador; si el tercero detentor no hubiera cedido la expropiación se perseguiría contra él; la cesión en nada cambia la situación. Aun se dice que el tercero detentor que cede no puede vigilar las operaciones del embargo. ¿Pero qué le importa? Será expropiado, ceda ó nó, y tendrá su recurso en garantía de igual modo que estará subrogado á los derechos de los acreedores; la cesión no le causa, pues, ningún perjuicio; desde luego no se ve por qué se debe tener la capacidad de enajenar para ceder.

295. Resulta del principio establecido por la ley que los inmuebles no pueden cederse. Pero ni los que tienen capacidad para administrar sus bienes y, por consecuencia, á obligarse en cierta medida y de enajenar sus mobiliarios no podrían ceder. Tal es la mujer separada de sus bienes; no puede enajenar sus inmuebles, luego no puede ceder sino con autorización marital (arts. 1449, 1536 y 1576). Con mayor razón sucede así con el menor emancipado cuya ca-

1 Martou, t. III, p. 334, núm. 1287. Pont, t. II, p. 510, núm. 1170.

pacidad está en general más restringida; no puede vender ni enajenar sus inmuebles, ni hacer ningún acto que no sea de pura administración, sin observar las formas prescriptas para el menor no emancipado (art. 484); lo que decide la cuestión de la cesión.

Los administradores legales ó convencionales no pueden enajenar, luego no pueden ceder. Una singular controversia levantó la cuestión de los tutores. Grenier ha considerado la disposición del art. 2172 (Ley Hipotecaria, art. 100) como una prohibición absoluta; de modo que el tutor podría, observando las formalidades legales, vender los inmuebles de su tutelado y tendría prohibido abdicar la detención! Otros autores enseñan que el tutor puede ceder con la autorización del consejo de familia; asimilan el hecho de ceder á una condescendencia. La solución de la dificultad, si la hay, se halla en el texto de la ley. Esta exige la capacidad de enajenar, y el tutor no puede enajenar sino con la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal. En cuanto á las formas, siendo la venta una expropiación forzada, se deben observar naturalmente las formas prescriptas por la ley de 15 de Agosto de 1854. (1)

*Núm. 3 Efectos de la cesión.*

296. Dijimos que la cesión es la abdicación de la detención; que el tercero detentor queda propietario del inmueble que cede; aunque la expropiación no se haga contra él conserva la propiedad hasta la adjudicación (núm. 275). La ley no lo dice en términos formales, pero resulta de muchas de sus disposiciones; así, en los términos del art. 101 (Código Civil, art. 2173), el tercero detentor puede volver á tomar el inmueble que ha cedido, lo que implica que que-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 447, nota 43, pfo. 287 y, en sentido contrario, los autores que citan.