

da propietario. La ley quiere que los acreedores hagan nombrar un curador al inmueble cedido (art. 102; Código Civil, art. 2174, porque es un inmueble perteneciente á un tercero el que hacen vender en las formas prescriptas para la expropiación forzada; si se convertían en propietarios era su propia cosa la que venderían y podrían venderla de mano á mano sin necesidad de un curador. Si se abandonan las promociones durante tres años el tercero detentor goza de los frutos, apesar de la notificación, hasta que sea renovada; y los frutos pertenecen al propietario (art. 547). Estamos obligados á insistir sobre este punto porque hay un artículo que parece decir lo contrario; los derechos reales que el tercero detentor tuviera en el inmueble antes que hubiese hecho la adquisición renacerían *después de la cesión ó después de la adjudicación* hecha contra él (art. 105; Código Civil, art. 2177). Se podría creer, conforme á esta disposición, que el tercero detentor deja de ser propietario á contar desde la cesión; más adelante diremos que la ley está mal redactada, lo mismo que mal interpretada. El principio no es dudoso; es el inmueble del tercero detentor el que adjudica contra él; no deja de ser propietario sino á partir de la adjudicación. (1)

297. Del principio de que el tercero detentor queda propietario se sigue que el inmueble perece para él si él perece por caso fortuito antes de la adjudicación. Esta es la aplicación del derecho común: la cosa perece para su propietario, á menos que sea el objeto de una obligación; en este caso son los principios de las obligaciones los que deciden la cuestión de los riesgos, y en caso de cesión no hay ninguna duda de obligación entre el tercero detentor y los acreedores á los que se ha cedido la herencia; quedan, pues, bajo el imperio del adagio *res perito domino*. Hay, sin embargo,

1 Esta es la opinión de todos los autores. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 448, nota 45, pfo. 287.

una objeción que sería especiosa si no estuviera fundada en una suposición imaginaria. El tercero detentor, se dice, abdicca la propiedad bajo condición resolutoria de la entrega de la herencia, y en los contratos hechos bajo condición resolutoria es el deudor el que corre el riesgo; es decir, en la especie, los acreedores. Todo es falso en esta objeción. La cesión no se hace en virtud de un contrato, no hay deudor ni acreedor; el tercero detentor no abandona la propiedad, ni bajo condición resolutoria ni sin ella, puesto que la cesión es la abdicación de la detención. Es inútil insistir, puesto que los principios son ciertos y están generalmente admitidos. (1) La consecuencia que resulta es grave para el tercero detentor; es que si la cosa llega á perecer antes de la adjudicación el detentor no está despojado y, por consiguiente, no hay recurso de garantía.

298. El precio de la adjudicación se distribuye entre los acreedores inscritos. ¿Si queda un saldo á quién pertenece? Se debe el precio al propietario cuya cosa fué vendida, poco importa que la venta sea forzada ó voluntaria. Este es el motivo por el cual el detentor despojado está subrogado á los derechos de los acreedores hipotecarios; les paga, puesto que es con el precio de su herencia por el que se desinteresan. Por la misma razón les pertenece el saldo. Se ha pretendido que el saldo pertenece al deudor ó á sus acreedores quirografarios; esas pretensiones siempre han sido desechadas por los tribunales, no tienen ningún fundamento ni en los textos ni en los principios. Los acreedores quirografarios no tienen derecho más que en los bienes del deudor que son su prenda, y el inmueble cedido y adjudicado no pertenece al deudor original sino al tercer adquirente; son, pues, los acreedores del tercero detentor los que podrían embargar el saldo, puesto que hace parte de su prenda.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 448, pfo. 287. Pont, t. II, p. 520, núm. 1193 y los autores que citan

da; en cuanto á los acreedores del deudor principal no tienen ningún derecho en el inmueble, puesto que ha salido del dominio de su deudor por la venta hecha al tercer adquirente. (1)

299. El art. 101 (Código Civil, art. 2173) consagra otra consecuencia del principio de que el tercero detentor queda propietario; puede hasta la adjudicación volver á tomar el inmueble pagando la deuda y los gastos. ¿Por qué la ley subordina la entrega del inmueble á la obligación de pagar las deudas? Esta es una consecuencia de los principios que rigen la cesión. El tercero detentor debe: ó pagar ó ceder ó dejarse expropiar. En la especie cedió y la expropiación se persiguió; si quiere detenerla volviendo á tomar el inmueble debe, naturalmente, pagar. Lo que era en principio un derecho para el tercero detentor ahora se convierte en una obligación á la que se somete, y esta obligación está más extendida que antes de la cesión. A consecuencia de la cesión los acreedores han hecho gastos que no pueden quedar á su cargo; es el tercero detentor el que los ha ocasionado cediendo el inmueble que después se resuelve á volver á tomar; es justo que los soporte.

La ley dice que el tercero detentor puede volver á tomar el inmueble *pagando* toda la deuda y los gastos. Resulta que los acreedores promoventes pueden exigir el pago antes de abandonar la detención de la herencia; no están obligados á conformarse con un compromiso que el tercero detentor contrajera para pagar. Sin duda los acreedores pueden consentir que el tercero detentor vuelva á tomar el inmueble bajo la condición de que se compromete á pagar las deudas; pero si se niegan el tribunal no podría autorizar la entrega apesar de ellos. Sin embargo, se ha decidi-

1 Colmar, 7 de Mayo de 1821, 22 de Noviembre de 1831 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1853]. Denegada, 15 de Diciembre de 1862, en los motivos [Dalloz, 1863, 1, 161]. Compárese Pont, t. II, p. 521, núm. 1193 y los autores que cita, nota 2.

do que si el tercero detentor está autorizado por sentencia á volver á tomar el inmueble, con cargo de pagar la deuda y los gastos, no está decaído de este beneficio si no paga desde luego. (1) Esto supone que la sentencia no ha sido atacada; en este caso debe, naturalmente, recibir su ejecución; si no ha fijado plazo para el pago los acreedores pueden perseguir la ejecución del compromiso contraído por el tercero adquirente. Este, al volver á tomar el inmueble, se convierte en deudor personal de los acreedores inscriptos; pueden perseguirlo como tal en todos sus bienes; pueden también volver á la prosecución de la expropiación, porque al aceptar un nuevo deudor no han renunciado á su derecho hipotecario.

Sin embargo, la entrega del inmueble produce un efecto muy importante en provecho de los acreedores. La cesión no realiza su derecho hipotecario; deben, por consiguiente, conservarlo renovando sus inscripciones; pero si el tercero detentor vuelve á tomar el inmueble esta devolución equivale á una adjudicación en el sentido de que los acreedores tienen un derecho contra él para pagarse íntegramente sus créditos. Luego no há lugar á renovar las inscripciones. Nos trasladamos á lo dicho más atrás acerca de este punto (núm. 139). (2)

Se ha juzgado que esos principios reciben su aplicación al menor cuyo inmueble había sido regularmente cedido. El menor puede volverlo á tomar si se convierte en mayor, ó el tutor en su nombre; pero esta devolución le constituirá deudor personal con relación á los acreedores inscriptos. (3) No hay ninguna diferencia entre los menores y los mayores

1 Burdeos, 14 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1859). Martou, t. III, p. 342, núm. 1305. Pont, t. II, p. 522, núm. 1195.

2 Denegada, 24 de Febrero de 1830 [Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1685, 2.º]

3 Denegada, 2 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 341). Pont, t. II, p. 521, núm. 1194.

en esta materia, salvo que aquéllos, siendo incapaces para obligarse, no pueden hacer la devolución que les obliga á pagar toda la deuda y los gastos; sólo la puede hacer el tutor.

300. Si el deudor personal paga las deudas y los gastos el tercero adquirente puede ser obligado á recoger el inmueble. La ley no lo dice, pero los principios no dejan ninguna duda en este punto. ¿Cuál es el objeto del abandono y por qué da la ley este derecho al tercero detentor? Es porque está demandado hipotecariamente y para impedir que la expropiación pueda hacerse contra él. El abandono no tiene, pues, razón de ser cuando el vendedor, deudor principal, llega á desinteresar á los acreedores hipotecarios: las hipotecas quedan extinguidas, el adquirente no tiene ya expropiación que temer y, por tanto, el abandono cae. (1)

Ni siquiera es necesario que los acreedores hipotecarios estén pagados; es bastante con que se desistan de su demanda, cualquiera que sea la causa del desistimiento. Desde que no hay procedimientos de expropiación no puede haber abandono. La Corte de París lo sentenció así. (2) En el caso el acreedor había consentido en la cancelación de las inscripciones hipotecarias; lo que no dejaba ninguna duda. Aunque las inscripciones subsistieran el desistimiento de la demanda tenía por consecuencia necesaria el recobro del inmueble. Cesando la causa el efecto debe cesar; y la única causa del abandono es la expropiación perseguida contra el tercero detentor; luego desde que ya no hay expropiación tampoco puede haber abandono. ¿Qué importa que subsistan las inscripciones? Estas no dan al tercero detentor el derecho de abandonar; las conocía al adquirir la propiedad

1 Aubry y Rau, t. III, p. 449 y nota 48, pfo. 287.

2 París, 24 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 110). Riom, 8 de Diciembre de 1852; Bourges, 2 de Abril de 1852 (Daloz, 1854, 5, 420). Hay una sentencia, en sentido contrario, de Riom (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1887). Compárese Martou, t. III, p. 345, núm. 1311.

del inmueble; sabe, pues, que está sujeto á la expropiación si no paga; pero mientras no está amenazado con expropiación no tiene el derecho de abandonar, y este derecho cesa, así como el abandono que hubiera hecho si las promociones de expropiación llegan á cesar.

§ VI.—EFECTO DE LA HIPOTECA PARA CON LOS TERCEROS DETENTORES.

*Núm. 1. Efecto de la hipoteca en cuanto á los deterioros cometidos por el tercero detentor.*

301. «Los deterioros que proceden del hecho ó descuido del tercero detentor en perjuicio de los acreedores hipotecarios ó privilegiados dan lugar contra él á una acción de indemnización» (art. 103; Código Civil, art. 2175). Esta disposición se encuentra después de los artículos relativos al abandono: sin embargo, no es un efecto del abandono, es una consecuencia de la hipoteca que grava el bien adquirido por el tercero detentor. La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad en el sentido de que el deudor que da un inmueble en hipoteca no puede hacer nada que pueda atacar los derechos del acreedor; especialmente no puede por su hecho deteriorar el inmueble y disminuir con esto la seguridad hipotecaria. La propiedad desmembrada por la hipoteca pasa al tercero adquirente y permanece desmembrada en su poder. No puede, como no lo puede el deudor personal, hacer un acto de goce, de administración ó disposición que perjudique al acreedor hipotecario. Se diría en vano que es propietario y que con tal título puede usar y abusar: esto es verdad para la propiedad entera, no lo es para la desmembrada. Se objetaría también en vano que el tercero adquirente no contrajo ninguna obligación con los acreedores hipotecarios; no es como deudor personal como

está limitado en el ejercicio de su derecho de propiedad, es como detentor de un inmueble gravado de hipoteca y desmembrado á consecuencia de este gravamen.

En el derecho antiguo no se admitía esta consecuencia del derecho hipotecario. Loyseau, que siempre se expresa con gran exactitud, dice: «El tercero detentor ha podido usar y disponer á su gusto y voluntad de la heredad que era suya y que había lealmente adquirido sin saber que un tercero pretendiera tener derecho en él. Lo que se estima ser verdad, suponiendo aún que bien supiera que la heredad estaba hipotecada.» (1) Se ve que el primer fundamento de la doctrina tradicional es la clandestinidad de las hipotecas; ignorando el adquirente los cargos hipotecarios que gravan el inmueble no es un tercero detentor; de hecho, cuando menos, sería injusto considerarlo como tal; debió creerse propietario absoluto, pudiendo usar y abusar de la cosa que le pertenece. Se acaba con darle el pleno uso de su derecho de propiedad, aun cuando conocía la existencia del cargo que gravaba su inmueble, hasta que estuviese accionado en declaración de hipoteca; sólo en aquel momento se convertía en tercero detentor. (2) La publicidad de las hipotecas puso fin á esta clase de ficción. En derecho la hipoteca desmembra la propiedad; de hecho el adquirente no puede decir que ignora la existencia de la hipoteca, puesto que antes de comprar debió pedir un certificado de las inscripciones al conservador; la más sencilla prudencia se lo mandaba. Desde luego nada impide aplicarle el derecho estricto. (3)

302. El tercero detentor está obligado por los deterioros. No responde de la mengua de valor de los inmuebles en el sentido de que no tiene que dar indemnización, por

1 Loyseau, Del Abandono, lib. V, cap. XIV, núms. 7 y siguientes.

2 Pothier, De las Hipotecas, cap. II, art. 3.

3 Pont, t. II, p. 524, núm. 1199.

este punto, á los acreedores. Ni siquiera está obligado por todos los deterioros; es necesario que procedan de su *hecho* ó de su *descuido*. Si es un caso fortuito el que deteriora el fundo los acreedores no tienen acción contra él; en este caso no pueden pedir el reembolso de su crédito (art. 79; Código Civil, art. 2131). En contra no es necesario que haya una culpa que reprochar al tercero detentor; la ley lo declara responsable no sólo por su *descuido* sino también por su *hecho*; lo que es muy justo. El tercero detentor no tiene ya el libre ejercicio de su derecho de propiedad; desde que causa un perjuicio á los acreedores, por un acto cualquiera, está obligado á indemnizarlos. Hay, sin embargo, que hacer una restricción á los términos muy absolutos del art. 103 (Código Civil, art. 2175). Los acreedores no tienen más derechos contra el tercero detentor que contra el deudor personal, y éste conserva el derecho de goce; la ley le da especialmente el derecho de hacer cortes de leña en bosques y montes, siempre que obre de buena fe y según el uso del lugar (art. 45). El tercer adquirente tiene el mismo derecho, aunque este goce legítimo disminuya el valor de la cosa. (1) Transladamos á lo dicho en otro lugar acerca del desmembramiento de la propiedad que resulta de la constitución de hipotecas (t. XXX, núms. 221-242).

303. ¿En qué caso pueden los acreedores hipotecarios ejercer su acción de indemnización? La ley no exige que los acreedores hayan comenzado promociones de expropiación contra el tercero detentor; no había ninguna razón para exigirlo. Su derecho está fundado en la hipoteca que desmembra la propiedad del inmueble, y tienen interés en obrar desde que este derecho está lesionado. Los mismos acreedores condicionales tendrían este derecho; pueden hacer todos los actos conservatorios de su derecho; pueden, pues, pedir reparación del daño eventual que les cau-

1 Martou, t. III, p. 348, núm. 1314.

se el deterioro del inmueble; se entiende que no percibirán el monto de la indemnización; sólo pueden exigir que se deposite. (1) Pero para promover es necesario ser acreedor hipotecario; no se concibe cómo se haya sostenido lo contrario hasta en apelación; (2) los acreedores quirografarios no tienen derechos en los bienes del deudor más que cuando embargan, y tienen que tomarlos en el estado en que se hallan en aquel momento. Si los acreedores hipotecarios tienen una acción de indemnización contra el detentor por causa de deterioro es porque su derecho hipotecario tiene por efecto desmembrar la propiedad gravada; mientras que la prenda de los quirografarios deja la propiedad entera en poder del deudor.

*Núm. 2. Efecto de la hipoteca en cuanto á los gastos hechos por el tercero detentor.*

304. «El tercero detentor no puede repetir sus gastos y mejoras más que hasta concurrencia del aumento de valor resultante de la mejora» (art. 103; Código Civil, art. 2175). Hay que decir de los gastos lo que hemos dicho de los deterioros (núm. 301). Aunque la ley hable de ellos en ocasión del abandono el derecho á una indemnización que concede al tercero detentor no está limitado al caso en que abandone; le pertenece por esto sólo: que se le demanda hipotecariamente; que está despojado; poco importa que la venta del inmueble se efectúe contra él ó contra el curador. Sólo que el tercero detentor no puede reclamar la indemnización más que cuando la adjudicación está pronunciada; hasta entonces no se sabe si será despojado; pudiendo siempre el deudor pagar las deudas y quedando libres los acreedores de desistirse de sus promociones.

1 Merville, Disertación [Revista práctica, t. VIII (1859), p. 162].

2 Tolosa, 30 de Mayo de 1833 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1903).

¿Por qué da la ley al tercero detentor una acción de indemnización por los gastos que hizo en el inmueble? Hay, á este respecto, una diferencia entre el tercero detentor y el deudor principal. Este no tiene derecho á una indemnización cuando, por sus trabajos, mejora el inmueble; los acreedores hipotecarios lo aprovechan por motivo de que las mejoras son accesorios del fundo hipotecado; los acreedores no tienen que dar indemnización por este punto; esta indemnización aprovecharía á los acreedores quirografarios, y el legislador pensó que era más justo que los acreedores hipotecarios aprovecharan de los gastos, puesto que también sufren la pérdida que resulta del menor valor del inmueble. El tercero detentor está en muy distinta situación: no es deudor; si las mejoras que hace aprovechasen á los acreedores sin indemnización éstos se enriquecerían, sin causa, á sus expensas; es, pues, justo que se le indemnice. (1)

305. ¿Cuáles son los gastos por los que se debe una indemnización al tercero detentor? La ley contesta: los *gastos y mejoras*. ¿Estas dos palabras tienen la misma significación? En el lenguaje del derecho se entiende por *gastos* todo lo que el poseedor de un fundo *gasta* en trabajos ejecutados para conservar la cosa para mejorarla ó adornarla; la palabra *mejoras* tiene un sentido más restringido, se refiere á los trabajos que tienen por objeto procurar un aumento de valor al fundo: la mejora es la especie, el gasto el género. ¿La dificultad está en saber si el tercero detentor tiene una acción contra los acreedores por todos los gastos que ha hecho? Si la ley se limitara á hablar de los *gastos y mejoras* la afirmativa no sería dudosa, pero agrega que el tercero detentor no puede repetir sus gastos y mejoras más que hasta concurrencia del *aumento de valor* que resulta de la *mejora*. ¿Cómo debe entenderse esta restricción? ¿Quiere decir que el derecho de repetición está limitado á los trabajos que

1 Martou, t. III, p. 349, núm. 1317.

procuran un aumento de valor al fundo? La cuestión está controvertida y hay una duda.

Puesto que el texto se entiende en sentidos diversos hay que consultar el espíritu de la ley. ¿Por qué da ésta á los terceros detentores el derecho de repetir sus gastos? Porque no es deudor de los acreedores hipotecarios y que sería injusto que éstos se enriquecieran á sus expensas. El principio es, pues, éste: los acreedores deben reembolsar los gastos hasta concurrencia del provecho que de ellos sacan. Esto excluye desde luego los gastos llamados de lujo; si no resultan aumentar el valor del fundo el tercero detentor nada podrá repetir. Se diría en vano que los trabajos que embellecen aumentan el goce del propietario; se contesta, y la respuesta es perentoria, que los acreedores que persiguen al tercero detentor sólo tienen un objeto: el de que se venda el inmueble; su provecho se estima, pues, en el precio de la adjudicación; si los trabajos, como lo suponemos, no influyen en el precio, no se enriquecen; no tienen, pues, que dar ninguna indemnización al detentor. Este no tiene derecho de quejarse: al comprar un fundo gravado con hipoteca debió esperarse á que se le persiguiera, debió purgar para estar seguro de conservar el fundo; y mientras no estaba seguro de conservarlo no debía hacer trabajos de puro adorno.

306. Acerca de este punto no hay ninguna duda, pero los trabajos necesarios y útiles dan lugar á dificultades. ¿El tercero detentor puede repetir los gastos necesarios que hizo en un fundo hipotecado? Hay un primer punto inseguro. Los gastos necesarios aumentan siempre el valor del fundo; el tercero detentor podrá, pues, repetir sus gastos hasta concurrencia del aumento de valor que resulte de ellos. ¿Pero no podrá pedir más? Los gastos necesarios son trabajos de conservación sin los que la cosa hubiera perecido; no debe decirse que estos gastos aprovechan por el todo á

los acreedores, puesto que su prenda hubiera perecido si no se hubieran hecho? Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación, (1) pero no tiene mucha autoridad porque llega demasiado lejos aplicando la distinción de los trabajos necesarios al privilegio del arquitecto, interpretación que es imposible conciliar con el texto de la ley. Sin embargo, creemos que la Corte sentenció bien. En principio el tercero detentor que conserva la prenda de los acreedores hipotecarios los enriquece con todos los gastos que hizo, puesto que sin estos trabajos su hipoteca se hubiera extinguido con la pérdida de la cosa. Queda por saber si el texto permite aplicar el principio así entendido. Si la ley quiso limitar el derecho del tercero á los trabajos útiles no hubiera mencionado los *gastos*, bastaba que hubiera citado las *mejoras*; la palabra *gastos* debe, pues, referirse á trabajos que no son los gastos útiles; por tanto, á trabajos de conservación. Lo que confirma esta interpretación es que tal era la opinión de Pothier. (2)

Se objeta que la ley, así interpretada, podría resultar en perjuicio de los acreedores. Resultaría, se dice, que el detentor podría repetir sus gastos íntegros, aun en el caso en que á consecuencia de acontecimientos ulteriores los trabajos por él ejecutados hubieran perecido ó perdido todo efecto útil de modo que el valor del inmueble podría estar enteramente absorbido por el crédito del tercero detentor y nada quedaría para los acreedores. (3) No gustamos del argumento que se prevalece de las consecuencias más ó menos probables de una ley para combatir la interpretación que se le da. Las leyes deben ser interpretadas por sí mis-

1 Denegada, 11 de Noviembre de 1824 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 460, l. °) Véanse, en el mismo sentido, Delvincourt, Durantón y Daloz (según un tratado inédito de Flandín).

2 Pothier, De la Hipoteca, cap. II, pfo. 4. ° Loyseau parece ser de opinión contraria (Del Abandono, lib. VI, cap. VIII, núm. 11).

3 Aubry y Rau, t. III, p. 451, nota 56, pfo. 287. En el mismo sentido Martou, Grenier, Troplong, Pont y Battur.