

mas y no por los resultados á que conducen; esto toca al legislador, el intérprete no tiene para qué preocuparse de ello. La hipótesis imaginada para apartar la acción del detentor además de ser improbable en último grado ni siquiera prueba lo que se quiere hacerle probar. Se supone que los trabajos han perecido; hay otra suposición que es la expresión de la realidad: es que el fundo hubiera perecido sin los trabajos de conservación; luego en el momento en que se hicieron estos trabajos han conservado el derecho de los acreedores. Esta última consideración es la que debe prevalecer.

307. Se han prevalecido en este debate de los términos restrictivos de la ley. Hay que ver en qué sentido es la ley restrictiva. El tercero detentor *no puede* repetir sus gastos y mejoras *sino* hasta concurrencia del aumento de valor que resulte. Tal es el texto; sólo prevee un caso: el de los gastos útiles que exceden el aumento de valor que procuraron; lo que es el caso ordinario de las mejoras que hacen los propietarios. Los acreedores se enriquecen no con el gasto sino con el aumento de valor; luego sólo deben reembolsar al detentor el aumento de valor. Este no tiene derecho de quejarse; detentor de un fundo hipotecado no debía haber hecho trabajos de mejora mientras que su adquisición no estaba asegurada por la purga ó por el pago de los acreedores. El derecho y la equidad están en favor de los acreedores.

Queda por determinar lo que se entiende por aumento de valor. Hay controversia. En nuestro concepto hay que aplicar por analogía al tercero detentor lo que la ley dice del privilegio de los arquitectos y empresarios. Estos sólo tienen privilegio por el monto del aumento de valor que sus trabajos han dado al fundo; para estimar este aumento de valor se tiene en cuenta el estado del local antes del principio de las obras, luego cuando los trabajos estén conclui-

dos se calcula lo que vale el fundo á consecuencia de los trabajos. Este es el aumento de valor. Los acreedores no deben soportar este aumento de valor sino en tanto que lo aprovechan, y no lo aprovechan más que cuando el inmueble se vende; el art. 27 (Código Civil, art. 2103) decide, en consecuencia, que el monto del privilegio se reduce al aumento de valor existente en la época de la enajenación del inmueble resultando de los trabajos que se hicieron en él. Hay analogía perfecta entre la situación de los acreedores prevalecidos por el arquitecto y la situación de los acreedores hipotecarios obligados á reembolsar los gastos hechos por el tercero detentor. Unos y otros tienen que soportar el gasto de los trabajos que les aprovechan, y sólo tienen que sufrirlo en la medida del provecho que de ellos sacan. Debe, pues, aplicarse al tercero detentor lo que hemos dicho de los empresarios y arquitectos. El tercero detentor tiene primero que probar cuál es el aumento de valor que los trabajos dieron al fundo en el momento en que fueron ejecutados; esto se hace comparando el valor del fundo antes de comenzarlos y el que adquirió después con ellos, haciendo abstracción del aumento que resulte de causas extrañas á las obras. Luego el tercero detentor tendrá que probar cuál es el aumento de valor resultante de las obras que subsisten en la época de la enajenación del inmueble. (1)

308. Ha sucedido que el aumento de valor fuera superior al desembolso hecho por el tercero detentor. ¿Puede en este caso repetir el aumento de valor? La cuestión está controvertida. Creemos que se debe decidir afirmativamente. El principio que todos admiten conduce lógicamente á esta consecuencia. Los acreedores deben reembolsar los

1 Denegada, 28 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 459, 1.º) Compárese Denegada, 29 de Julio de 1819 (Daloz, *ibid.*, número 1956). Martou, t. III, p. 350, núm. 1319, y Pont, t. II, p. 529, número 1206.

gastos en tanto que ganan ó aventajan con el aumento de valor; luego el tercero detentor tiene el derecho de repetir. Si el aumento de valor es de 15,000 francos mientras que el desembolso es de 12,000 francos los acreedores ganan 15,000 francos; y si no reembolsaran el desembolso tendrían sin causa una ganancia de 3000 francos á expensas del tercero detentor, lo cual es contrario al principio. Se objeta el texto; ya hemos contestado á la objeción comprobando que el texto no decide más que una cuestión: la de saber lo que el tercero detentor puede repetir cuando el desembolso es superior al aumento de valor. El Código no ha previsto la hipótesis inversa; luego queda bajo el imperio del derecho común, y en la especie el derecho común es el principio de equidad que no permite enriquecerse á expensas de otro. ¿Se dirá que no habiendo desembolsado el tercero detentor más que 12,000 francos sólo está acreditado por esta cantidad y que los acreedores lo indemnizan lo bastante con reembolsarle sus adelantos? Esto sería razonar mal. En efecto, los acreedores no deben indemnizar al tercero detentor de lo que ha desembolsado; esto constituye una verdadera pérdida para el tercero detentor, porque si hubiera vendido el fundo habría sacado el valor que le dió por su trabajo; es, pues, este valor el que pierde realmente y del que los acreedores se enriquecen, lo cual es decisivo. (1)

309. ¿Tiene el tercero detentor derecho de retención ó privilegio para la garantía de la acción en repetición que le concede la ley? No comprendemos que se sienta la cuestión en lo relativo al privilegio. (2) ¿Hay privilegio sin ley? La Corte de Angérs ha decidido, sin embargo, que el ter-

1 Tolosa, 7 de Marzo de 1848 (Daloz, 1848, 2, 69). En sentido contrario, Grenoble, 31 de Diciembre de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1961) y todos los autores. Troplong, núm. 838; Martou, t. III, p. 352, número 1321; Pont, t. II, p. 529, núm. 1207.

2 Persil, Grenier, Troplong y Coulón dan un privilegio al tercero detentor (Pont, t. II, p. 530, nota 2, núm. 1208).

cero detentor no solamente tenía un crédito privilegiado sino también un derecho real de propiedad. (1) Sin duda es propietario de las mejoras, puesto que lo es del fundo; pero está despojado del fundo y de los accesorios, no le queda ningún derecho en la cosa; todo lo que la ley le concede es una acción en repetición de los gastos (art. 2175); Ley Hipotecaria, art. 103); luego un crédito personal.

En la opinión que hemos enseñado acerca del derecho de retención (tomo XXIX, núms. 284-293) no puede tratarse de un derecho de retención ni de privilegio, porque el derecho de retención implica una preferencia, y no hay preferencia sin texto. En la especie hay motivos particulares que deben hacer desecharse el derecho de retención que algunos autores (2) reconocían al tercero detentor. El derecho de retención implica que el que reclama una indemnización en razón de una cosa la *detiene*, y que tiene derecho á *retenerla* hasta que se le pague. Y el tercero detentor que abandona no tiene la detención; pero entonces hay otra razón que se opone: la de que el tercero detentor podría estorbar la expropiación negándose á entregar el inmueble para venderlo, y, sin embargo, él mismo está interesado en que se persiga la expropiación, puesto que es por la enajenación por la que tendrá su recurso en garantía, por lo que gozará de la subrogación y podrá ejercer la repetición de sus gastos. También esta opinión está casi desechada. (3) La jurisprudencia se ha pronunciado contra todo derecho de preferencia. El tercero detentor no tiene más que un simple crédito que ejerce en la orden por vía de distracción de una parte del precio. (4)

1 Angérs, 14 de Enero de 1837 [Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 459].

2 Tarrille y Battur (Pont, p. 530, nota 1, núm. 1208).

3 Bastia, 2 de Febrero de 1846 (Daloz, 1846, 2, 109). Martou, t. III, página 353, núm. 1322. Aubry y Rau, t. III, p. 445, nota 32, pfo. 287.

4 Véanse las sentencias en el Repertorio de Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1950, y Pont, t. II, p. 530 y notas 3 y 4, núm. 1208.

*Núm. 3. Derechos del tercero detentor en cuanto á los frutos.*

310. «Los frutos del inmueble hipotecado no los debe el tercero detentor sino desde el día de la notificación de ceder ó pagar» (art. 104; Código Civil, art. 2176). Se pregunta por qué el tercero detentor gana los frutos hasta la notificación que le hagan los acreedores hipotecarios. Las respuestas de los autores son demasiado embarazosas; (1) la razón se halla en los textos. En principio los frutos pertenecen al propietario (art. 547); á ese título el tercero detentor tiene derecho á ellos. Pero ese principio está en conflicto con otro principio: los acreedores hipotecarios tienen un derecho en los frutos como accesorios del fundo hipotecado. La dificultad es saber desde cuándo nace el derecho de los acreedores. Es cierto que sólo el hecho de la hipoteca no basta para hacer inmuebles los frutos; esto sería privar al deudor del goce de la cosa, mientras que la hipoteca, á diferencia de la anticresis, no quita la posesión al deudor, ni el derecho de gozar de ella. El art. 45 le reconocía este derecho por los frutos naturales los más importantes: la tala de los bosques; aunque disminuye el valor del fundo el deudor la puede hacer; con mayor razón debe gozar de los frutos ordinarios. Y el tercero detentor tiene en la herencia que le ha transmitido los mismos derechos que el deudor; luego también tiene el derecho de gozar. En tanto que los acreedores hipotecarios no promuevan contra el detentor el derecho de éste á los frutos es incontestable, es el ejercicio del derecho de propiedad. Pero desde que los acreedores expropian el inmueble que tienen hipotecado cesa el derecho á los frutos del tercero detentor. La promoción hipotecaria debe tener el mismo efecto que toda acción judicial, y es de principio que el demandante deba obtener desde el día de la demanda lo que hubiera obteni-

1 Martou, t. III, p. 354, núm. 1323; Pont. II, p. 530, núm. 1209.

do si el juez hubiese inmediatamente podido decidir la contestación; si las dilaciones de la justicia no deben perjudicar al demandante menos lo deben á los acreedores que persiguen la expropiación.

Queda por fijar cuál es el principio de la expropiación. La ley decide que es el día en que los acreedores hacen al tercero detentor la notificación de ceder ó pagar. Esto supone desde luego que el tercero detentor no usa del derecho que la ley le da para pagar la deuda; si paga las deudas hipotecarias no hay expropiación. Pero si no paga los acreedores pueden vender, treinta días después de la notificación, el inmueble hipotecado si no cede ó si cede contra un curador del inmueble. En este caso el procedimiento de expropiación data realmente desde la notificación. Sin embargo, esto supone que hay un mandamiento contra el deudor original, porque sin mandamiento no puede haber expropiación forzada. (1)

311. Hay acerca de este punto una diferencia entre la expropiación seguida contra el tercero detentor y la seguida contra el deudor personal; debemos anotarla porque ha dado lugar á un engaño. Conforme á la ley sobre expropiación forzada de 15 de Agosto de 1854 (artículos 23-26) los frutos percibidos por el deudor se hacen inmuebles desde el instructivo del embargo, lo que significa que se distribuyen con el precio del inmueble á los acreedores inscritos en el orden de sus hipotecas. Cuando se sigue la expropiación contra el tercero detentor la inmovilización de los frutos se hace antes desde el día de la notificación de pago ó de cesión. Desde este día el tercero detentor sabe que será expropiado, á menos que pague á los acreedores inscritos; si, pues, no paga la expropiación data realmente desde la notificación. Se ha creído que había antinomia entre el Código Civil y el de Procedimientos, y

1 Aubry y Rau, t. III, p. 450, nota 51, pfo. 287.

para conciliarlos se ha dicho que el tercero detentor debía, en verdad, cuenta de los frutos desde la notificación, pero que no se habían hecho muebles en provecho de los acreedores hipotecarios sino desde la notificación de embargo; de modo que los frutos percibidos después de la notificación hasta el instructivo deberían ser distribuidos entre todos los acreedores. (1) A decir verdad no hay antinomia, sólo que se debe distinguir la expropiación seguida contra el tercero detentor y la seguida contra el deudor. En el primer caso el tercero detentor *debe* los frutos, dice el art. 104 (Código Civil, art. 2176). ¿A quién los debe? A los acreedores hipotecarios que lo persiguen; luego los frutos se hacen inmuebles en su provecho. En cuanto á los acreedores quirografarios no tienen ningún derecho á los frutos, puesto que no tienen ningún derecho en el fundo que los produce.

312. El art. 104 (Código Civil, art. 2176) agrega: "Si las promociones comenzadas se han abandonado durante tres años el tercero detentor debe los frutos desde la nueva notificación hecha." Después de los tres años la notificación caduca (núm. 258); es decir, que se considera no haber sido hecha; no ha habido después procedimiento de expropiación; por consiguiente, se entra en el derecho común, en virtud del cual los frutos pertenecen al propietario. Los acreedores deberán hacer una nueva notificación si quieren perseguir la expropiación del inmueble en este caso; es desde dicha notificación desde que se deberán los frutos al tercero detentor.

Hay, acerca de este punto, una diferencia entre la perención del art. 104 (Código Civil, art. 2176) y la perención ordinaria de las instancias judiciales. Esta debe pedirse y ser

1 Tarrille, en el Repertorio de Merlin, en la palabra Tercero detentor, número 13. En sentido contrario, Martou, t. III, p. 356, núm. 1326, y Pont, t. mo II, p. 532, núm. 1212.

declarada por el juez (Código de Procedimientos, artículos 399 y 400), mientras que la perención del art. 104 há lugar de pleno derecho cuando los acreedores abandonan las promociones durante tres años. La disposición es favorable al tercero detentor; debe creer, después de tan larga inacción, que los acreedores renuncian á la persecución; por otra parte, el legislador no ha querido que el tercero detentor estuviera obligado á restituir los frutos que había percibido por el solo hecho de descuidar y pedir la perención. (1)

313. El art. 104 (Código Civil, art. 2176) no habla más que de los frutos del inmueble hipotecado. ¿Qué se debe decir de los intereses debidos al comprador en el caso en que la cosa vendida produce frutos (art. 1652)? Dichos intereses representan los frutos que percibe el comprador; están, por consiguiente, regidos por los mismos principios que los frutos; es decir, que los acreedores no tienen derecho á ellos sino á partir de la notificación. En cuanto á los intereses vencidos después de la venta hasta la notificación constituyen un valor mobiliario que se reparte entre todos los acreedores del vendedor al que se le deben. (2)

*Núm. 4. Efecto de la expropiación en cuanto á los derechos extinguidos por confusión.*

314. El art. 105 (Código Civil, art. 2177) dice: "Las servidumbres y derechos reales que el tercero detentor tenía en el inmueble antes de su posesión renacen después de la cesión ó después de la adjudicación que se le haya hecho." Los derechos reales que el adquirente tenía en la herencia antes de haber hecho la adquisición se extinguen por confusión en el momento en que el adquirente se convierta en

1 Martou, t. III, p. 355, núms. 1324 y 1325. Pont, t. II, p. 581, núm. 1211.

2 Casación, 23 de Junio de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 243). Aubry y Rau, t. III, ps. 450 y siguientes, y nota 54 y las autoridades que citan.

propietario; éste no puede tener derecho real en una cosa de la que es propietario. ¿Por qué renacen dichos derechos á consecuencia de la expropiación del tercero detentor? Se ha dicho que el derecho de propiedad se resuelve por la venta forzada; de modo que el tercero detentor estaría considerado como no haber sido nunca propietario y, por consiguiente, la confusión se considera no haberse operado nunca. (1) Esto no es exacto. La expropiación forzada es una nueva venta, y la reventa no resuelve los derechos del comprador, opera una trasmisión de la propiedad. Lejos de hacer excepción á este principio el art. 204 mismo (Código Civil, art. 2177) lo confirma en el segundo inciso disponiendo que las hipotecas consentidas por el tercero detentor subsistirán; esta es la aplicación del derecho común en virtud de que la reventa deja de subsistir todos los derechos constituidos por el comprador. Se ha pretendido que había antinomia entre las dos disposiciones del art. 105 (Código Civil, art. 2177); (2) de modo que un solo y mismo artículo decidiría que la adjudicación hecha del inmueble al tercero detentor ó al curador resuelve los derechos del adquirente y los mantiene. Lo que no es admisible; no se puede creer que el legislador haya cometido ese error. Las dos disposiciones del art. 105 (Código Civil, art. 2177) lejos de ser contradictorias se explican perfectamente; es una aplicación de los principios generales de derecho. Si las hipotecas consentidas por el tercero detentor son mantenidas es porque el tercero detentor es propietario y que conserva la propiedad hasta la adjudicación. Si, por otra parte, los derechos que tenía antes de su adquisición renacen cuando se le expropia la razón es que la confusión real, lo mismo que la personal, no extingue definitivamente los de-

1 Durantón, t. XX, p. 475, núm. 278. Compárese Martou, t. III, p. 357, número 1327. Arntz, t. II, p. 763, núm. 1905. Tolosa, 7 de Marzo de 1848, en los motivos (Daloz, 1848, 2, 69).

2 Pent, t. II, p. 534, núm. 1214.

rechos, solamente impide al que le pertenece ejercerlos porque hay imposibilidad de tener en un fundo un desmembramiento de la propiedad cuando se tiene toda la propiedad; desde que cesa toda imposibilidad los derechos que lo gravan en favor del adquirente pueden ejercerse. Tampoco se puede decir que tales derechos reviven, porque en realidad nunca se han extinguido, sólo había habido imposibilidad de ejercerlos; cesando ésta el ejercicio de los derechos que la ley había declarado extinguidos vuelven á tomar su curso provisoriamente interrumpido. Esta explicación es, en el fondo, la de Loyseau, que da á su pensamiento una forma poética. «Como aquel que, dice Loyseau, tiene una nube en el ojo recobra la vista cuando se le quita también el que no pudiera usar de la servidumbre por ser señor de la herencia también puede recobrar su servidumbre cuando se le quite la herencia. (1) La *noche* es un obstáculo momentáneo que nos impide ver como la adquisición es un impedimento de hecho al ejercicio de la servidumbre, pero la vista existe y la servidumbre no está extinguida. Cuando desaparece el obstáculo el ojo ve de nuevo, sin que se pueda decir que la vista está extinguida; del mismo modo los derechos reales no han sido extinguidos por la confusión; no se les podía ejercer en tanto que durara la confusión, se les puede ejercer cuando cesa.

315. ¿A partir de qué momento renacen los derechos extinguidos? La ley dice que renacen «después del abandono hecho por el tercero detentor ó después de la adjudicación hecha contra él». Esta disposición del art. 105, que reproduce el art. 2177 del Código Civil, está mal redactada. Los derechos renacen después de la adjudicación bien que la venta se haga contra el tercero detentor ó contra el curador del inmueble abandonado, pues por efecto de

1 Loyseau, Del Abandono, lib. VI, cap. IV, núm. 10.