

la adjudicación dejando de ser propietario el detentor el obstáculo que se oponía hasta entonces al ejercicio de los derechos reales desaparece y desde luego nada le impide ejercer sus derechos. Pero el abandono no basta, como lo dice el art. 105 (Código Civil, art. 2177), pues el tercero detentor que abandona permanece propietario; luego el impedimento que se oponía al uso de sus derechos subsiste y, por tanto, la confusión continúa apesar del abandono.

316. La ley habla de las servidumbres y derechos reales; se aplica, por consiguiente, á todo los derechos reales, aun á las hipotecas que el tercero detentor tenía en el inmueble antes de convertirse en propietario de éste. En derecho no hay ninguna diferencia entre las hipotecas y la enfiteusis, la superficie, el usufructo y otros derechos reales; el tercero detentor no puede tener un desmembramiento de la propiedad en el inmueble cuya propiedad adquirió enteramente, y todos estos derechos vuelven á nacer cuando deja de ser propietario. Pero la aplicación del principio á las hipotecas presenta una leve dificultad. La inscripción tiene que ser renovada antes de la terminación del plazo de quince años á partir de su fecha. ¿Se pregunta si el tercero detentor tiene que renovarla á contar del momento en que se convirtió en propietario hasta la adjudicación? La afirmativa está admitida por la doctrina y la jurisprudencia y, en nuestro concepto, la solución es segura. La hipoteca no puede producir efecto cuando la inscripción ha caducado; si el tercero detentor no renovó la inscripción antes de los quince años la hipoteca que tenía en el inmueble sería ineficaz y, en este sentido, no podrá revivir. Debe, pues, tener el cuidado de renovar la inscripción. Se objeta que no puede tomar inscripción ni renovarla en un inmueble del cual es propietario; no puede, sobre todo, se dice, hacer una renovación mientras que no ha abandonado, puesto que se encuentra entonces en la situación de todo propietario que no podría ins-

cribirse en sus propios bienes. A decir verdad el abandono no trae ningún cambio á la situación del tercero detentor; permanece propietario después como antes, pero esto no impide que renove su inscripción. En efecto, tiene interés en conservar su hipoteca en vista de la expropiación de que está amenazado; tiene, pues, un derecho eventual que conservar, lo que le da el derecho de renovar la inscripción; en cuanto al obstáculo legal que se encuentra en su calidad de propietario fácil le es apartarlo. Lo que hay imposible es que un propietario se expropie á sí mismo, pero la inscripción no es una expropiación, es una medida conservatoria que toda persona interesada puede tomar. (1)

Núm 5. Efecto de la expropiación en los derechos concedidos por el tercero detentor.

317. «Los acreedores personales del tercero detentor, después de todos los que se inscribieron en los precedentes propietarios, ejercen su hipoteca, en su rango, en el bien abandonado ó adjudicado» (art. 105; Código Civil, artículo 2177) Esta disposición no hace más que aplicar los principios elementales del derecho. ¿Puede hipotecar el tercero detentor? Sí, seguramente, puesto que es propietario. ¿Subsisten estas hipotecas después del abandono? Esto ni siquiera puede preguntarse, puesto que el abandono no es más que la cesión de la *detención* del inmueble; la ley hace, pues, mal en hablar del abandono, que nada cambia en la situación del tercero detentor ni en los derechos de los acreedores á los que concedió hipotecas. ¿Estos derechos quedan resueltos por la adjudicación pronunciada ya contra el tercero detentor ó el curador del inmueble abandonado? No, evidentemente, puesto que el derecho del tercero detentor no está resuelto. ¿Cuál es el lugar de estos acreedores? El

1 Martou, t. III, p. 358, núm. 1329. Durantón, t. XX, p. 475, núm. 279 y las autoridades que cita.

que les da la inscripción que debieron tomar. Todas estas decisiones son evidentes, puesto que están inscriptas en la ley.

318. La ley sólo habla de las hipotecas. ¿Qué debe decirse de los otros derechos reales? Si el tercero detentor grava el inmueble con una servidumbre, un usufructo, una enfiteusis ó una superficie ¿estos derechos quedan resueltos cuando los acreedores piden la expropiación del inmueble? Nó, así como las hipotecas. Pero hay una diferencia entre la hipoteca y los demás derechos reales consentidos por el adquirente. La hipoteca no puede perjudicar á los acreedores inscriptos en los anteriores propietarios, puesto que prevalecen á los nuevos acreedores por el lugar de prioridad que les da su inscripción; mientras que las servidumbres y demás desmembramientos de la propiedad perjudicarían á los acreedores; y el tercero detentor, así como el deudor personal, no puede disminuir ni alterar los derechos de los acreedores inscriptos en el inmueble. Esto es decir que los que tienen adquiridos derechos reales en el inmueble por parte del tercero detentor no pueden oponer estos derechos á los acreedores inscriptos en los anteriores propietarios. (1)

Núm. 6. Derechos del tercero detentor despojado.

319. El tercero detentor que está perseguido hipotecariamente sufre una evicción, cualquiera que sea el partido que adopte. Esto es de evidencia cuando se deja expropiar: esto es la evicción propiamente dicha, lo que está pronunciada por el juez. Aun cuando abandona el fundo también está expropiado y judicialmente despojado, puesto que la expropiación se persigue contra el curador y conduce á la adjudicación. Lo mismo sería en el caso en que el tercero detentor se hiciera adjudicatario; en verdad permanece propietario en este caso, y se puede decir que nunca dejó de

1 Aubry y Rau, t. III, p. 453, pfo. 287.

serlo; sin embargo, queda despojado, pues si conserva la propiedad no es en virtud de su contrato de adquisición; el vendedor no cumplió, pues, la obligación que había contraído de hacerlo propietario; si lo es es en virtud de una nueva adquisición; está, pues, despojado á la vez que es propietario. Traducimos, en cuanto al principio, á lo dicho en el título *De la Venta*. (1) En fin, el tercero detentor está despojado si paga las deudas hipotecarias sin que tenga esta obligación por su contrato; hay también evicción en el sentido lato de la palabra, puesto que el adquirente no conserva la propiedad en virtud de su contrato sino á consecuencia del pago de las deudas inscriptas en el inmueble.

¿Cuál es el derecho del tercero detentor que sufre la evicción? El Código Civil (art. 2178) contestaba directamente á la cuestión: «El tercero detentor que ha pagado la deuda hipotecaria ó abandonado el inmueble hipotecado ó sufre la expropiación del inmueble tiene *el recurso de garantía como de derecho* contra el deudor principal.» Los autores de nuestra Ley Hipotecaria han cambiado la redacción del final de esta disposición; el art. 106 dice que «el tercero detentor ejerce su *recurso*, como es de derecho, contra el deudor principal.» ¿Cuál es el motivo de este cambio? Se lee en el informe de la comisión especial: «Hemos substituido las palabras *tiene el recurso de garantía*, que parecían aplicarse sólo á la garantía que tiene lugar en los contratos sinalagmáticos, por las palabras más generales *tiene su recurso*, que entienden tanto de la *garantía propiamente dicha* de los objetos dados ó vendidos, como de la *subrogación á los derechos de los acreedores* que han sido desinteresados por el tercero detentor.» (2)

320. Los terceros detentores tienen, pues, dos acciones:

1 Véase el t. XXIV de estos Principios, p. 216, núms. 216-224.

2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 57). Lelièvre, informe (Parent, p. 157).

la de garantía por causa de evicción y la acción contra el deudor principal que nace de la subrogación á los derechos de los acreedores que el tercero detentor ha desinteresado directa ó indirectamente.

Hemos dicho en el título *De la Venta* cuándo hay lugar á la garantía y cuáles son sus efectos. El tercero detentor despojado no tiene siempre la acción de garantía; en efecto, la garantía sólo se debe, en principio, cuando los contratos son conmutativos, tales como la venta y el cambio; no se debe en los contratos á título gratuito. El donante no debe la garantía sino por excepción; así la deben los que constituyen la dote (art. 1440); trasladamos á lo dicho en el título *Del Contrato del Matrimonio*. Sin embargo, puede suceder que el donatario tenga acción de garantía contra el autor del donante: si éste adquirió con un título que da derecho á la garantía transmite su derecho al donatario; éste tendrá, por consiguiente, un recurso contra el garante, no como donatario sino como legatario del donante. Lo que decimos del donatario se aplica también al legatario; la evicción no le da un derecho de garantía; trasladamos á lo dicho en el título *De las Donaciones y Testamentos*.

La ley no se ocupó de la acción de garantía en el título *De las Hipotecas*, se atiende á los principios generales. Es en este sentido en el que el art. 106 (Código Civil, art. 2178) dice que el tercero detentor despojado tiene su recurso como de derecho. Por aplicación de estos principios hay que decidir que el comprador puede promover la garantía desde que está perturbado en su derecho de propiedad por la acción de los acreedores hipotecarios; por tanto, desde que los acreedores le notifican de pago ó que abandone hay entonces lugar á la garantía propiamente dicha; es decir, que el garante debe tomar la defensa contra el tercero detentor amenazado con expropiación. Si esta defensa no tiene éxito ó si el garante no puede defender al detentor la evic-

ción tendrá lugar por la adjudicación del inmueble hipotecado; lo que da apertura á la acción de daños y perjuicios tal como está establecida en el título *De la Venta*. La Corte de Pau ha consagrado estos principios elementales reformando una sentencia que había declarado la acción del tercero detentor no aceptable mientras no estuviera despojado: esto era confundir los derechos que nacen de la evicción con el que pertenece al adquirente desde que está perturbado. El adquirente tiene derecho á que lo defiendan, lo que es el objeto esencial de la garantía; su acción es, pues, de aceptarse desde que se le notifica abandonar; observa que el juez sobresee hasta la adjudicación para estatuir acerca de las restituciones y daños y perjuicios á que el garante será condenado cuando se consuma la evicción. (1)

321. El tercero detentor no siempre tiene la acción de garantía (núm. 320); no la tiene cuando su autor no está obligado á la garantía y no le transmite el derecho á un recurso. Pero el tercero detentor está siempre subrogado en virtud de la ley á los derechos del acreedor á quien desinteresa. Según el art. 1251, 3.º, «la subrogación tiene lugar de derecho pleno en favor del que, estando obligado con otros ó para otros al pago de la deuda tenía interés en pagarla.» Y cualquier tercero detentor está obligado por el deudor principal en el sentido de que si el deudor no paga el tercero detentor se ve obligado á pagar. Pagará directamente si, por notificación de pago ó de abandono, se decide á pagar las deudas hipotecarias; las paga por el deudor, está interesado en hacerlo para conservar la propiedad del inmueble; por tanto, puede invocar la subrogación legal. Si en lugar de pagar abandona la expropiación continua el inmueble hipotecado será vendido contra el curador y el precio distribuido á los acreedores inscritos, y este precio pertenece al tercero detentor; él es quien paga á los

1 Pau, 10 de Abril de 1840 (Daloz, en la palabra Venta, núm. 853.

acreedores, luego está subrogado á sus derechos. Lo mismo pasa cuando no abandona; se le expropia indirectamente y el precio de su cosa, sirviendo para pagar á otros acreedores, les está subrogado.

¿Cuál es el efecto de la subrogación? Acerca de este punto trasladamos al título *De las Obligaciones*, que es el sitio de la materia. (1)

1 Durantón, t. XX, p. 480, núms. 283-286 Moulón, Repeticiones, t. III, página 677, núms. 1661-1663. Compárese el tomo XVIII de estos Principios, números 109-229.

CAPITULO VII.

DE LA TRANSMISION DE LOS PRIVILEGIOS E HIPOTECAS.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

322. Los privilegios y las hipotecas son accesorios del crédito á cuyo pago están afectados. Se transmiten con el crédito de todos aquellos que tienen derecho de ejercer el crédito, ya sea como sucesores universales, ya sea como sucesores á título particular: esta es la aplicación del principio elemental de que el accesorio sigue á lo principal. El art. 1692 dice que la venta ó la caución de un crédito comprende á los accesorios, tales como caución, *privilegio é hipoteca*. Y según el art. 1250 la subrogación convencional tiene por efecto subrogar al tercero que paga á los derechos, acciones, *privilegios ó hipotecas* del acreedor contra el deudor. La subrogación legal tiene el mismo efecto.

323. Se presentan serias dificultades acerca del lugar de los cesionarios cuando el acreedor no cede más que una parte de su crédito ó cuando la cede en distintas actas á varios cesionarios. Un primer punto nos parece seguro: es que el art. 1252, relativo á la subrogación, no es aplicable á la cesión; trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núm. 132). Si, pues, el acreedor cede

una parte de su crédito y si el precio del inmueble hipotecado no basta para el pago íntegro del cedente y del cesionario vendrán á contribución. Esto supone que el cesionario, por su parte, no tiene preferencia para con el cedente. La razón es que no hay preferencia entre acreedores; es necesario una causa legal, y en el caso no la hay. El acreedor cede una parte de su crédito; ambas fracciones son de naturaleza idéntica; su condición debe, pues, ser la misma. Troplong invoca la buena fe; es decir, la equidad en favor del cesionario. Supongamos que la equidad está en su favor. ¿Es la equidad una causa de preferencia entre acreedores? La cuestión es una herejía jurídica. Ni siquiera es exacto decir que la equidad está en favor del cesionario; el cedente le transmite una fracción del crédito con la garantía hipotecaria que le está ligada, no renuncia al lugar que le da su hipoteca; no debe, pues, nada al cesionario. (1)

El principio recibe excepción cuando el cedente ha expresadamente transmitido al cesionario la propiedad; esta convención, como cualquiera otra, es la ley de las partes. Se pregunta si la cesión puede ser tácita. Hé aquí el caso. El cedente se compromete á pagar á falta del deudor cedido ó garantiza la solvencia actual y futura del deudor. Se admite que esta cláusula implica cesión virtual de la prioridad. Entre las partes, el cedente y el cesionario, esto puede sostenerse. La cláusula equivale á decir que el cedente garantiza al cesionario su pago; y se encuentra en concurso en el inmueble hipotecado en el momento en que el precio se va á distribuir entre ellos; es en aquel momento en el que el cedente debe llenar su compromiso, y la manera más natural de hacerlo es que el cesionario esté pagado antes que el cedente. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

1 Esta es la opinión generalmente seguida. Pont, t. I, p. 231, núm. 239. Aubry y Rau, t. IV, p. 445, núm. 359 bis, nota 79.

2 Pont, t. I, p. 231, núm. 239. Aubry y Rau, t. IV, p. 445 y nota 80, párrafo 359 bis.

¿Cuándo hay garantía de la solvencia actual y futura? Esto es una cuestión de intención, luego de hecho; trasladamos á lo dicho en el título *De la Venta*.

Cuando hay concurso entre cesionarios sucesivos de partes de un mismo crédito hay que distinguir. Si las diversas cesiones han sido hechas sin ninguna cláusulas de transmisión de prioridad todos los cesionarios estarán en la misma línea: no hay entre ellos ninguna causa legal de preferencia; luego en caso de insuficiencia del precio vendrán á contribución. Esto es tan evidente que es inútil citar autoridades. (1) La opinión contraria de Zachariæ está aislada; fué repudiada por sus editores.

Se admite generalmente una excepción en el caso en que el cedente concedió expresa ó virtualmente á uno ó varios de los cesionarios sucesivos la prioridad sobre él mismo. Para justificar esta excepción se dice que los cesionarios deben gozar para con los terceros del mismo derecho que ejercían contra el cedente por aplicación del adagio de que nadie puede transmitir á otro más derechos de los que tiene. Admitimos el adagio y la aplicación que de él se hace al caso cuando hay transmisión de un derecho real; tal sería la cláusula por la que el cedente transmite á uno de los cesionarios el lugar de prioridad. Este lugar es un efecto de la hipoteca, luego un derecho real; la convención da al cesionario un derecho adquirido en la cosa, derecho del que el cedente no lo puede despojar haciendo nuevas cesiones; los cesionarios posteriores reciben un derecho real limitado por la transmisión del lugar de prioridad; es decir, que estarán prevalecidos por los cesionarios á los que la prioridad fué transmitida. Pero si el cedente sólo se obligó á pagar al cesionario á falta del deudor cedido esta garantía no da ningún derecho real al cesionario; es un simple compromiso el que liga al cedente, pero que no obliga á sus lega-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, p. 446, pfo. 359 bis, nota 81.

tarios á título particular. Ya hemos encontrado la dificultad; procede de la interpretación del art. 1743. Transladamos al título *Del Arrendamiento* (1)

324. ¿Pueden también los privilegios é hipotecas transmitirse separadamente sin los créditos de que son accesorios? La jurisprudencia se pronunció por la afirmativa, consagrando la validez de la subrogación á la hipoteca legal de la mujer, expresión que abraza hechos jurídicos muy distintos, y especialmente la cesión de la hipoteca de la mujer independientemente del crédito al que está ligada. En teoría la validez de semejante transmisión nos parece muy dudosa. No comprendemos cómo se puede desprender un derecho accesorio que la ley ó la voluntad de las partes han creado en garantía de un crédito principal. El accesorio, en la especie, es inseparable del principal. ¿Se concebiría que el acreedor transportase á un crédito extraño la caución estipulada para la garantía de su crédito? Esto es imposible; el caucionante se ha obligado por la deuda á la que ha accedido; no puede separar su obligación de la obligación principal. Acerca de este punto no hay duda; debe pasar lo mismo con las hipotecas y privilegios. Se dirá que hay una diferencia: el caucionante está obligado por una liga personal, y no puede, sin su voluntad, estar obligado á pagar una deuda á la cual no ha accedido. Esto es muy cierto; pero la hipoteca también nace de una convención por la que las partes han aportado una garantía para el pago de una deuda determinada: ¿puede el acreedor, sin un nuevo concurso de voluntades, desligar la hipoteca del crédito para agregarla á un nuevo crédito? Para el privilegio hay un motivo particular de duda. Es una preferencia que depende de la *calidad* del crédito: ¿se puede transportar una *calidad* esencial del crédito á otro crédito que no tiene

1 La cuestión está controvertida. Véanse los autores y las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 446, pfo. 359 bis, nota 82.

dicha calidad? Esto equivaldría á decir que las partes pueden crear privilegios cuando sólo la ley tiene esa facultad. La imposibilidad es menor para las hipotecas convencionales, pero en cambio es muy grande para las hipotecas legales; y desde el punto de vista práctico la cuestión no se presenta más que para las garantías legales. El legislador concede una hipoteca de pleno derecho á los incapaces, lo que, seguramente, es un derecho esencialmente personal: ¿se le puede desprender de la persona incapaz para ligarlo á las personas incapaces? Eso sería deshacer lo que la ley ha hecho.

Abstracción hecha de estas consideraciones particulares á los privilegios y á las hipotecas legales la transmisión de un derecho accesorio establecido para garantía de un derecho principal nos parece jurídicamente imposible. El espíritu de nuestra legislación se opone á ello. ¿Por qué creó la ley la ficción de la subrogación? Para que pasara al subrogado las garantías afectadas al crédito que pagó. El medio más sencillo de lograr este objeto seguramente sería el detransmitir los privilegios, hipotecas y cauciones á la acción que el subrogado tiene en virtud del pago que ha hecho, ya como mandatario, ya como gerente de negocios. En vez de seguir tan sencilla vía la ley recurrió á una ficción complicada: supone ó finge que la obligación principal se ha cedido al subrogado, lo cual le da derecho á las garantías accesorias. ¿Por qué la ley sigue este camino desviado? ¿Será porque los accesorios no se transmiten sin el principal? Queriendo transportar los privilegios y las hipotecas al subrogado la ley no encontró otro medio más que el de subrogar el crédito principal. Lo hizo para los derechos reales como para las cauciones. Concluiremos que, en el espíritu de la ley, el accesorio no se puede ceder sin el principal. (1)

325. ¿Qué se dice en favor de la opinión contraria que

1 Aubry y Rau, t. III, p. 445 y nota 2, pfo. 288 y los autores que citan.