

basta, y se cuenta desde el momento en que el tercero detentor posee. (1) Sin embargo, aunque la prescripción sea la misma no se debe perder de vista que si el tercero detentor está en el caso de que deba prescribir la propiedad hay dos prescripciones por cumplirse, independientes una de otra. Nos trasladamos á lo dicho más atrás (número 390).

393. Hay causas que suspenden la prescripción. ¿Puede el acreedor prevalecerse de ellas contra el tercero detentor? La afirmativa no es dudosa cuando se trata de causas personales. Tales son la menor edad y el interdicto. En cuanto á la mujer casada el Código distingue: la prescripción no corre entre esposos, pero sí contra la mujer en provecho de los terceros. Sin embargo, hay casos en los que la prescripción está suspendida durante el matrimonio: tal es el caso en que la acción de la mujer se reflejara contra el marido (arts. 2352, 2254-2256). Se ha juzgado en varias ocasiones que esta disposición puede invocarla la mujer acreedora contra el tercero detentor; lo que no es dudoso, puesto que es la aplicación del derecho común. (2)

394. El art. 2257 consagra otra causa de suspensión de la prescripción: no corre con relación á un crédito que depende de una condición hasta que se verifique dicha condición, ni con relación á un crédito á plazo hasta que el plazo se venza. ¿Recibe esta disposición su aplicación á la prescripción de la hipoteca? La cuestión está muy controvertida. Volveremos á ella en el título *De la Prescripción*. Por ahora sólo expondremos el estado de la jurisprudencia y de la doctrina. La Corte de Casación decide que el art. 2257 es aplicable en razón de que dicho artículo no hace más que consagrar un principio de derecho común. ¿Qué cosa es la

1 Lelièvre, informe (Par-ent, p. 156).

2 Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 2541, 1.º y 2.º y 2543, 3.º Denegada, 27 de Diciembre de 1854 [Dalloz, 1855, 1, 52].

prescripción? Es la extinción de la acción, y es una regla tradicional que la prescripción no corre contra aquel que no puede promover; luego debe suspenderse en el caso previsto por el art. 2257, porque el acreedor cuyo derecho está suspendido por una condición no puede perseguir al deudor; y el que tiene un plazo no debiendo nada el acreedor no tiene acción contra él sino hasta que se venza el plazo. (1) En nuestra opinión el art. 2257 no consagra el adagio tradicional: *Contra non valentem agere non currit prescriptio*. Esto es lo que estableceremos en el título sitio de la materia.

Los autores se pronuncian generalmente por esta última opinión; se funda en el texto mismo del art. 2257. La ley no es general; no habla de la prescripción de todo *derecho*, habla de la prescripción de los *créditos*; luego no se puede aplicar á los *derechos reales*, tales como la hipoteca, cuando esos derechos únicamente están en causa. Cuando el tercero detentor invoca la prescripción de la obligación principal el art. 2257 es aplicable, puesto que la prescripción se verifica contra el acreedor. Pero la prescripción de treinta años corre contra el acreedor hipotecario, pues extingue un derecho real; por tanto, está uno fuera del texto de la ley y se debe aplicar la disposición restrictiva del art. 2251, en cuyos términos la prescripción no está suspendida sino en los casos previstos por la ley. (2) Nosotros somos de esa opinión, pero por otros motivos que expondremos en el título que es sitio de la materia.

395. En cuanto á la interrupción de la prescripción no hay duda, queda sometida al derecho común en lo relativo á la prescripción de la hipoteca. Dijimos que el tercero detentor se puede prevalecer de la prescripción de la obliga-

1 Casación, 4 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 255). Denegada, 16 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858 1. 54).

2 Pont, t. II, p. 559, núm. 1255 y las autoridades que cita. Martou defiende muy bien esta opinión (t. IV, p. 33, núm. 1353).

ción principal (núm. 387); invoca, en este caso, la extinción de la deuda y, por vía de consecuencia, la extinción de la hipoteca que resulta. De aquí se sigue que el acreedor al que opondrá la prescripción de su acción personal puede, por su parte, oponerle la interrupción de la prescripción, y dicha interrupción es la prescripción del derecho común. Tal sería el reconocimiento de la deuda por el deudor. Esto se ha juzgado así, y la cosa no es dudosa. (1)

El tercero detentor también puede invocar la prescripción de la hipoteca que la ley ha mantenido en su favor: la de treinta años. En este caso la prescripción de la hipoteca es independiente de la prescripción de la obligación principal y, por consiguiente, el acreedor hipotecario no podría oponer al tercero detentor las actas por las cuales interrumpió la prescripción de la obligación personal. El acreedor tiene dos derechos que conservar (núm. 386); debe tener cuidado de interrumpir la prescripción principal y la prescripción hipotecaria; en vano conservaría su derecho contra el deudor si deja extinguir su derecho contra el tercero detentor; podrá, en verdad, promover por la acción personal, pero no podrá intentar la acción hipotecaria. (2)

396. ¿Cuáles son las actas por las cuales el acreedor hipotecario puede interrumpir la prescripción contra el tercero detentor? El principio siempre es el mismo: se aplica el derecho común. La aplicación levanta numerosas dificultades. La prescripción de treinta años que invoca el tercero detentor es una prescripción adquisitiva: prescribe el derecho hipotecario y su prescripción se basa en la posesión. De aquí se sigue que el acta que interrumpe la prescripción debe perturbar al tercero detentor en su posesión. Se ha juzgado que la notificación hecha al adjudicatario, tercero detentor, de proceder á la apertura del orden inte-

1 Agén. 7 de Septiembre de 1857 (Pont, t. II, p. 557, núm. 1253).

2 Burdeos, 11 de Marzo de 1852 (Daloz, 1853, 2, 52), y las autoridades citadas por Pont, t. II, p. 558, núm. 1253.

rumpe contra él la prescripción de la hipoteca; el ejercicio del derecho hipotecario contra el tercero detentor no permite á éste llamarse propietario absoluto con la franquicia de todo cargo real. Prescribía el derecho hipotecario; se le ejerce contra él; su posesión de propietario absoluto está perturbada; luego hay interrupción. Aun se ha juzgado que había interrupción de la prescripción cuando el acreedor notifica al adquirente una requisición de apertura de orden con declaración de que las operaciones de la orden serán perseguidas y con notificación al tercero detentor de hacer valer sus derechos en dicha orden. El tercero así amenazado é interpelado no es un libre propietario, es un poseedor que le prescribió el derecho hipotecario, y ese mismo derecho es el que el acreedor reivindica contra él. (1)

397. El art. 2244 dice que una citación judicial ó un *mandamiento* notificados al que quiere impedir la prescripción forman la interrupción civil. Se pregunta si sucede lo mismo con la notificación de pago ó de abandono que es el primer acto dirigido por los acreedores hipotecarios contra el tercero detentor. Hay un motivo de duda cuando la notificación no se hace en las formas del *mandamiento*. Sin embargo, la Corte de Casación decidió que dicha notificación interrumpía la prescripción. Aunque no esté sujeta á la forma particular del *mandamiento* la notificación no deja de tener, con relación al tercero detentor al que está notificada, el objeto y efectos del *mandamiento*, puesto que á partir de esa notificación corre el plazo concedido al nuevo propietario por el art. 2183 (Ley Hipotecaria, art. 110) para purgar las hipotecas, y también es á partir de ese acto desde cuando se deben tener en cuenta los frutos del inmueble hipotecado (art. 104; Código Civil, art. 2176). La Corte concluyó que dicha notificación perturba evidente-

1 Grenoble, 2 de Junio de 1831; Riom, 2 de Enero de 1858 (Pont, t. II, página 561, núm. 1258).

mente la posesión del tercero detentor é interrumpe contra él la prescripción del derecho de hipoteca. (1)

398. En el derecho antiguo existía una acción particular bajo el nombre de *acción de declaración de hipoteca* que el acreedor debía formar contra el tercero detentor con el fin de hacerle conocer el cargo oculto que gravaba su herencia y antes de proceder á la expropiación. Esa acción, como tal, no tiene razón de ser en nuestro derecho moderno, fundado en el principio de la publicidad. Pero la ley no prohíbe al acreedor hipotecario interrumpir la prescripción intentando una acción de declaración de hipoteca; esto es, á decir verdad, la cita judicial que el art. 2244 pone en primera línea entre las actas que constituyen la interrupción civil. Esto lo juzgó así la Corte de Casación, (2) y la solución no es dudosa. ¿Pero se podría también colocar los gastos de dicha acción á cargo del demandado, como lo hizo la Corte? Ella dice que los gastos de la declaración de hipoteca no pueden ser á cargo del acreedor, puesto que se hizo necesaria por un hecho que le era absolutamente extraño: el acta de enajenación del inmueble hipotecado. Bajo el imperio del Código Civil esto era verdadero, pero nuestra ley da al acreedor un medio más sencillo y menos costoso para interrumpir la prescripción: pedir al tercero detentor un título de reconocimiento, el que está obligado á ministrar y renovar á sus expensas; desde luego una acción judicial se hace inútil y, por tanto, frustratoria.

399. En los términos del art. 108 el tercero detentor puede ser obligado á ministrar á sus costas un título de reconocimiento de la hipoteca á partir de la transcripción de su adquisición. La ley agrega que veintiocho años después de la fecha de ese título está obligado á renovar si aún posee el inmueble hipotecado. Y si ya no lo posee es el nuevo

1 Denegada, 27 de Diciembre de 1854 [Dalloz, 1855, 1, 52]

2 Caen, 23 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 52).

adquirente el que estará obligado á ministrar á los acreedores un título de reconocimiento. La Ley Hipotecaria extendió á los acreedores la disposición que el Código Napoleón introdujo en favor del acreedor rentista. El deudor de la renta podía ser obligado á ministrar á sus expensas un título nuevo á su acreedor ó á sus legatarios (art. 2263). Como el acreedor hipotecario no tiene título contra el tercero detentor éste debe comenzar por ministrarle uno, salvo á renovarlo después de veintiocho años. El nombre que la ley da á este título marca su objeto. Es un título de reconocimiento; es decir, un acto por el que el tercero detentor reconocía la existencia de la hipoteca; y la prescripción está interrumpida por el reconocimiento que el poseedor hace del derecho de aquel contra el que la prescribía (artículo 2245). La ley dió al acreedor hipotecario este medio fácil para interrumpir la prescripción de la acción hipotecaria con el fin de permitirle conservar su derecho sin recurrir á una acción judicial que no tiene interés en formar. Se encuentra en una posición análoga á la del acreedor rentista; el derecho de éste amenaza perecer aunque el deudor pague exactamente las anualidades, porque los recibos que prueban el pago los posee el deudor y podría negarlos para invocar la prescripción. La posición del acreedor hipotecario es aun más peligrosa; no tiene ninguna relación con el tercero detentor, no promueve contra él más que cuando el deudor principal no satisface á sus obligaciones; en tanto que las cumple no puede pensar en perseguir al tercero detentor, y en vano probaría que el deudor paga los intereses ó las anualidades, esto no impediría al tercero detentor prescribir contra él. Para ayudarlo la ley le permite obligar al tercero detentor, interrumpir él mismo la prescripción ministrándole un reconocimiento de deuda.

El título de reconocimiento puede exigirse después de la
p. de D. TOMO XXXI—54

transcripción del acta por la que el tercero detentor ha adquirido la propiedad del inmueble hipotecado. Antes de la transcripción el acreedor hipotecario no tiene ningún interés en exigir un título de reconocimiento, puesto que el tercero detentor no puede prescribir en tanto que no haya transcripto su título. Veremos este punto al tratar *De la Prescripción*. En cuanto al título nuevo puede exigirse veintiocho años después de la fecha del título de reconocimiento. Es por error por lo que se ha dicho que los veintiocho años se cuentan desde el título de adquisición del tercero detentor; la ley no habla de ese título. (1)

La ley dice que el título de reconocimiento debe ministrarse á expensas del tercero detentor. En verdad dicho título se da en interés del acreedor y contra el tercero detentor, de modo que parecería extraño hacerle soportar los gastos de un título que testifica contra él. Pero hay una razón determinante para no ponerlos á cargo del acreedor hipotecario. Si hay necesidad de un título de reconocimiento es á consecuencia de la enajenación del inmueble, y este hecho le es extraño y sería injusto hacerlo sufrir la consecuencia. Los gastos se debían, pues, imponer al tercero detentor, salvo que estipulara en su contrato de adquisición, si era á título oneroso, que los podría repetir contra su autor. La ley no dice que el tercero detentor debe ministrar á sus expensas el nuevo título, pero la decisión debe ser la misma, puesto que hay igual motivo para decidir.

400. La notificación del contrato de adquisición que el tercero detentor hace á los acreedores inscriptos ¿es un reconocimiento de su derecho é interrumpe la prescripción? Se ha sostenido eso, pero la jurisprudencia se pronunció, con razón, por la opinión contraria. (2) El tercero detentor que

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 156). Martou, t. IV, p. 38, números 1354 55.
2 Casación, 6 de Mayo de 1840 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1532 y las demás sentencias que cita). Martou, t. IV, p. 42, núm. 1365. En sentido contrario, Grenier y Troplong.

quiere purgar debe hacer la notificación de su contrato á todos los acreedores inscriptos y ofrecerles pagar su precio á ellos mismos; no tiene el derecho cuando estas notificaciones para contestar sus créditos; pero sólo porque es una acta mandada por la ley no implica ninguna intención por parte de los terceros adquirentes de renunciar la existencia de los créditos inscriptos; y ¿cómo renunciaría á una prescripción que comenzó á correr sin que hubiera voluntad de renunciar? Es inútil insistir.

401. El art. 108, lo mismo que el 2180 del Código Civil, dice que las prescripciones hechas por el acreedor no interrumpen el curso de la prescripción establecida por la ley en favor del acreedor ó del tercero detentor. M. Lelièvre da la razón en su informe. La inscripción en los registros del conservador no es un acto que toca directamente al deudor y al tercero detentor, y conforme al texto y al espíritu de la ley la prescripción no está interrumpida más que por actos hechos contra el tercero detentor de un modo directo, tales como la cita judicial, mandamiento ó notificación, ó por actos procedentes de aquel contra el cual se prescribe, tal como los actos de reconocimiento. La inscripción no se puede, pues, asimilar á un acto que interrumpa. Se debe agregar que si la inscripción interrumpiera la prescripción la acción hipotecaria jamás prescribiría. En efecto, la hipoteca debe estar inscripta para que el acreedor pueda ejercer su derecho de prosecución contra el tercero detentor, y la inscripción debe ser renovada. Para que pueda haber una acción hipotecaria se necesita que haya una inscripción; si ésta interrumpiese la prescripción ésta sería siempre interrumpida y, por tanto, no habría prescripción.

402. ¿Cuál es el efecto de la interrupción de la prescripción contra el tercer adquirente? Este no podrá prevalecerse del tiempo durante el que había comenzado á pres-

cribir. Esto es de derecho común y lo expondremos en el título *De la Prescripción*. Se pregunta si el tercero detentador podrá en este caso invocar la prescripción que habrá corrido en favor del deudor personal. La afirmativa es segura. Esta es la consecuencia de los principios que hemos establecido. Cuando el inmueble está en poder de un tercero detentador el acreedor tiene dos derechos que conservar: la acción personal y la acción hipotecaria. Se interrumpe la prescripción de la acción hipotecaria sin interrumpir la prescripción de la acción principal: ¿qué sucederá? Su derecho será prescripto y la prescripción del crédito arrastrará la extinción de la hipoteca. En vano el acreedor se prevalecería de los actos por los que interrumpió la prescripción de la acción hipotecaria; esta interrupción es extraña al deudor; éste habrá continuado prescribiendo, y si cumplió la prescripción la deuda principal quedará extinguida y, por tanto, la hipoteca, que no puede existir sin la deuda principal. (1)

VII. Resolución de los derechos del constituyente

403. Cuando la hipoteca esté consentida por un propietario cuyos derechos estaban sujetos á resolución la hipoteca también es resoluble. Se considera en general esta resolución como una causa de extinción de hipoteca. Esto no es exacto cuando hay resolución propiamente dicha; en efecto, si la propiedad está resuelta el constituyente nunca fué propietario, puesto que la condición resolutoria, cuando se cumple, vuelve á poner las cosas en el mismo estado que tendría si el contrato no hubiera existido nunca (art. 1183); mientras que la extinción de la hipoteca implica que tuvo una existencia jurídica y que deja de existir. (2)

El caso de la extinción puede presentarse cuando el de-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 490 y nota 13, pfo. 292.

2 Duranton, t. XX, p. 579, núms. 339 y 340. Martou, t. IV, p. 43, número 1367.

recho del propietario estaba sujeto á revocación. En general la revocación retrotrae y entonces se aplican los principios que rigen la resolución. Por excepción hay revocaciones que no retrotraen. Tal es la revocación de las donaciones por causa de ingratitud; las hipotecas consentidas por el donatario antes de la inscripción de la acción de revocación subsisten, las que están consentidas posteriormente están revocadas. (1) Transladamos á lo dicho en el tomo XIII, núms. 37-40.

Se puede referir á la misma causa la extinción de la hipoteca que resulta de la partición cuando el inmueble hipotecado por uno de los coherederos está puesto en el lote de otro heredero. El primero está considerado como no haber sido nunca propietario del inmueble; en consecuencia, los derechos que tiene consentidos en el inmueble caen. Esta es la consecuencia del principio establecido por el artículo 883: que la partición es declarativa de propiedad. El principio se aplica no sólo á la hipoteca convencional sino también á la hipoteca legal. Esto fué sentenciado por la Corte de Casación y no hay ninguna duda. (2)

§ VIII.—CONSOLIDACION.

404. Cuando el acreedor hipotecario adquiere la propiedad del inmueble hipotecado no importa á qué título la hipoteca se extingue, porque convertido en propietario no puede ya tener en el inmueble de que tiene toda la propiedad una hipoteca que es un desmembramiento de ella. La ley no lo dice, pero lo supone; según el art. 105 (Código Civil, art. 2177) los derechos reales que el tercero detentador tenía en el inmueble antes que lo poseyera *renacen* después de la adjudicación hecha contra él; *renacen* en el sentido de que estaban extinguidos, y la extinción tiene su razón de ser

1 Duranton, t. XX, p. 580, núm. 341.

2 Denegada, 12 de Mayo de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 504).