

La Hipoteca

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA P.

Catedrático Principal Titular de
Derecho Civil.

SITUACION DE LOS TERCEROS ADQUIRIENTES DEL INMUEBLE GRAVADO.— El propietario del predio hipotecado puede enajenarlo. Ninguna cláusula contractual puede privarlo de este derecho, conforme al art. 852 del cód. civ. Es con la enajenación a título gratuito o a título oneroso, que nace para el acreedor hipotecario el derecho de persecución, o acción reipersecutoria.

El creador perseguirá la cosa o la parte de ella enajenada, que se encuentra en poder del adquirente, o del subadquirente, y procederá a su ejecución y venta.

La enajenación que hace el deudor no lo libra de su calidad de deudor frente al acreedor hipotecario; éste puede cobrarle la obligación mediante la acción personal. En cambio, es acción real la acción reipersecutoria.

El deudor enajenante sólo quedará libre si así lo declara el acreedor y, a su vez, el adquirente expresa que asume la deuda; se produce entonces una delegación perfecta (novación por cambio de deudor).

A este adquirente se le llama "tercer poseedor" por la doctrina y también por nuestro cód. civ. De "tercer poseedor" hablan los arts. 1018 y 1019.

(*) Parte de un capítulo de la obra "Instituciones de Derecho Civil - De los Derechos Reales" tom. III, 1ª edic. en prensa.

La primera parte fue publicada en el Núm. anterior, Año XXII, 1958.

Y lo corriente en nuestro medio judicial y contractual es que el adquirente del inmueble hipotecado se convierte en nuevo deudor de la obligación, por expresa declaración que hace en la escritura.

Si hay delegación perfecta el deudor originario queda liberado total y completamente. Empero, si el acreedor hipotecario no consiente, habría una auténtica asunción o cesión de deuda.

En otras legislaciones, habiéndose operado la enajenación del inmueble hipotecado y siendo ya exequible la obligación asegurada con hipoteca, el acreedor deberá dirigirse primero contra el deudor de la obligación, intimándole el pago del capital y de los intereses; y recién si éste no paga está expedita la acción de cobro contra el adquirente del predio hipotecado. En nuestro derecho, nada contiene la legislación sobre este punto; pero entendemos que la acción real contra el adquirente procede sin necesidad de que el acreedor se haya dirigido previamente contra el deudor; con mayor razón si al enajenar el inmueble se hubiere operado una delegación perfecta.

CONCEPTO DE LA CATEGORIA "TERCER POSEEDOR".— Dícese que es "tercer poseedor" aquel que no siendo deudor de la obligación, debe soportar las consecuencias de la ejecución, por ser el propietario del predio hipotecado.

Así por ejemplo, será "tercer poseedor" quien ha adquirido del deudor constituyente el predio gravado en garantía; también lo es el legatario a quien el testador le dejó como legado el predio hipotecado. Es "tercer poseedor" quien responde por efecto del derecho real de hipoteca, pero sin ser deudor personal de la obligación.

No existe "tercer poseedor" si quien adquiere el predio es aceptado como nuevo deudor por el acreedor hipotecario, quien, por lo demás, deja libre al primero.

La figura del tercer poseedor aparece nítidamente de este ejemplo: *A* es deudor hipotecario de *B*, pero vende la finca hipotecada a *C* y éste a *D*. Por medio de la acción real, *B* puede ejecutar la finca de que ahora es dueño *D*. Habría que agregar que *D* no goza del beneficio de excusión, o sea que primero *B* ejecute a su deudor *A* y que si éste no le paga pueda proceder *B* contra *D*. Si los terceros poseedores de la finca hipotecada fueran varios, por ejemplo, condóminos, la acción deberá entenderse con todos ellos.

¿A quién se le llama "tercer poseedor"? SALVAT (1) dice de él que "se designa con este nombre toda persona que detiene el inmueble hipotecado, a título particular y no precario, sin estar personalmente obligada hacia el acreedor al pago de la deuda". Agrega que el tercer poseedor no se encuentra obligado al pago de la deuda, sino el inmueble mismo, pero como la ejecución no puede ser dirigida contra una cosa, se dirigirá contra el tercer poseedor, como representante del inmueble.

Considera SALVAT (2) como tercer poseedor al adquirente a título particular del inmueble hipotecado, siempre que no hubiera tomado a su cargo el pago de la deuda, y sin que pueda distinguirse en este caso entre adquirente a título oneroso y a título gratuito. También considera tercer poseedor al que adquirió el inmueble por usucapión y a quien se le hizo el legado del inmueble.

Advierten PLANIOL-RIPERT y BECQUÉ (3) que no es un tercer poseedor todo adquirente del inmueble; lo es, en cambio, quien detenta a título no precario la totalidad o una parte del inmueble gravado con hipoteca, sin encontrarse obligado personalmente a favor del acreedor por el pago de la deuda. No es el tercer poseedor quien debe, sino el inmueble. Agregan que son terceros poseedores el fiador real, los adquirentes a título particular, no universal, sin que sea necesario distinguir si su adquisición fué a título oneroso o gratuito, el que por efecto de la usucapión es propietario, etc.

El tercer poseedor dejará de estar expuesto a la acción real de persecución si a su vez ha enajenado el inmueble; y ello se explica porque, como se ha dicho, no es él el que responde, sino el inmueble. Más adelante se estudia el derecho de persecución.

También habrá derecho de persecución si el constituyente del gravamen enajena no el todo sino una parte material de la cosa hipotecada; o si sólo vendiera acciones y derechos, o sea una cuota del derecho de propiedad, por lo que el comprador resultaría siendo condómino, junto con el vendedor.

Tercer poseedor es quien es propietario del inmueble gravado y que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda.

Es un típico tercer poseedor el que compra el inmueble con

(1) *Derechos Reales*, III, N° 2402, p. 157, ed. 1946.

(2) *Loc. cit.*

(3) *XIII*, N° 1073, p. 396.

la hipoteca y no entrega todo el precio que en concepto de ambos contratantes vale, sino parte de él, destinando la otra parte para pagar al acreedor hipotecario en su día.

Es de advertir que este tercer poseedor no tiene derecho a exigir saneamiento alguno, como ordena el art. 1019 del cód. civ., porque compró a sabiendas de la existencia del gravamen, haciendo constar, además, que no pagaba todo el precio de la cosa porque destinaba una parte para pagar la hipoteca.

Hay autores que expresan que no es tercer poseedor el tercero que constituye hipoteca sobre un inmueble suyo para garantizar una deuda ajena. Hay, sin embargo, otros que opinan que es un tercer poseedor, porque contra él puede ejercitarse el derecho de persecución y siempre que no se hubiere obligado personalmente por la deuda; pero si se obligara, además, personalmente por el crédito no será tercer poseedor, sino que habrá de exigírsele el cumplimiento de la obligación del mismo modo que al deudor personal.

También debe tenerse en cuenta que este tercero que asegura con hipoteca una deuda de otro, puede enajenar el inmueble de su propiedad y quien lo adquiere si es un tercer poseedor en el sentido de la doctrina.

Es interesante estudiar los efectos que la hipoteca produce respecto al llamado "tercero detentador", que es quien ha adquirido el predio gravado sea por compra, sea por donación, sea por adjudicación en pago, etc.

Nace la figura del tercero detentador con la enajenación del predio y con ella nace el derecho de persecución de que goza el acreedor hipotecario. Si el predio no ha sido enajenado no habría razón para perseguirlo.

Propiamente, el derecho de persecución no aparece cuando se trata de transmisión a título universal. El acreedor hipotecario no persigue el inmueble que se encuentra en posesión del heredero; éste no es un tercero detentador, porque el heredero le deberá al acreedor hipotecario por acción personal si, además, ha recibido otros bienes de su causante en cantidad suficiente para atender cualquier diferencia que no fuere cubierta por el predio especialmente gravado (art. 658 del cód. civ.). No es, entonces, el heredero del deudor constituyente del gravamen, un tercer poseedor.

En realidad, el heredero sucede al constituyente en sus responsabilidades y habiendo varios herederos la deuda hipoteca-

ria se ha dividido entre todos ellos; inclusive una parte de la deuda habría de corresponderle al heredero que se adjudicó la finca hipotecada en la partición. Por tanto, contra él procede la acción personal y la acción real. De otro lado, la partición entre nosotros no es un acto declarativo, sino constitutivo del derecho de propiedad. Por lo mismo, se podría considerar al heredero adjudicatario como un tercer poseedor. X

No es por virtud de una enajenación que el predio ya no está en el dominio del constituyente, sino de sus herederos. El finado no enajena los bienes que deberán adir los herederos. Estos no son terceros poseedores. Lo son, en cambio, los permutantes, aquellos que lo adquirieron por una *datio in solutum*, los legatarios a título particular.

Cuando el predio gravado no es ya del dueño constituyente de la hipoteca, sino que dicho predio ha sido enajenado. La enajenación no ha hecho desaparecer la hipoteca; ésta subsiste y puede ser objetivada mediante la acción real o derecho de persecución.

Para que se dé esta situación es necesario que el predio gravado haya sido enajenado y que el crédito sea exigible.

El derecho de persecución contra el tercero detentador aparece cuando el acreedor dentro de la ejecución hace embargar el predio gravado que se encuentra en posesión de dicho tercero detentador, quien puede pagar la obligación garantizada, porque de lo contrario el predio habrá de ser vendido en subasta pública.

La acción real conduce a la expropiación del tercero detentador. Este pierde el predio que ha adquirido por virtud de la ejecución, a no ser que cumpla con satisfacer la obligación asegurada. Puede acontecer, empero, que el tercero detentador no pueda ser eviccionado, porque el acreedor ejecutante le debe la garantía por evicción. Así lo hace notar JOSSEERAND (4), ya que quien debe garantizar no puede eviccionar. Por ejemplo, si el tercero detentador compró el predio a quien el acreedor hipotecario ha heredado, porque el vendedor y, subsiguientemente, el heredero de éste, o sea el acreedor hipotecario, deberían el saneamiento por evicción. Esta hipótesis de que se le deba saneamiento por evicción al tercer poseedor, no puede evidentemente darse en nuestro derecho, ya que el tercero detentador compró

(4) II, Nº 1895, p. 1125 s., ed. francesa.

sabiendo o debiendo saber la existencia del gravamen, y para dicho tercero la hipoteca sólo le podría ser oponible si se encontraba inscrita y estándolo es incuestionable que debió conocerla, atendida la publicidad del registro.

La hipoteca no impide que el propietario del inmueble gravado pueda transmitirlo. Más todavía: toda cláusula que prohiba alienar es nula *ipso jure*. No se puede establecer la prohibición de enajenar dice el art. 852 del cód. civ., sino en los casos permitidos y este de la hipoteca no es caso permitido porque no existe disposición legal que la autorice.

Si el propietario del inmueble hipotecado lo enajena, la acción del acreedor para conseguir el pago del crédito asegurado es persecutoria de la cosa gravada. Este es uno de los caracteres que revela que la hipoteca es un derecho real.

En la doctrina francesa, y de allí ha pasado a todas las legislaciones que fueron influenciadas por el cód. de Napoleón, se creó el término vago e impreciso de "tercer poseedor", que nuestro cód. civ. utiliza en los arts. 1018 y 1019.

El tercer poseedor no es sino el adquirente a título oneroso del inmueble gravado con hipoteca. Lo es también el adquirente a título gratuito. Se le niega, en cambio, por algunos autores, esta calidad al que constituye hipoteca para garantizar una obligación que no es de su cargo, sino de un extraño, por lo que en realidad la hipoteca asume una forma jurídica semejante a la fianza. Tanto el tercer poseedor como el no deudor que hipoteca su inmueble no son responsables directamente al acreedor hipotecario. Ellos carecen de responsabilidad, por lo que el acreedor no puede utilizar en su contra la acción personal, sino la acción real contra el inmueble mismo. Su responsabilidad no se extiende más allá del valor del inmueble, por lo que si la obligación no fuere satisfecha en su totalidad con el precio obtenido por la venta judicial del inmueble, por la diferencia el acreedor no podría dirigirse contra el resto de su patrimonio.¹

Es obvio, asimismo, que la evicción que por efecto de la acción real experimentara el adquirente a título gratuito, no le da derecho a reclamar saneamiento del enajenante, o sea el donante, salvo que la donación sea con cargas.

Para muchos doctrinadores este tercer poseedor adquiere el inmueble en la suposición que se encuentra libre de graváme-

nes, realengo, y resulta después gravado con hipotecas. Se trata de un personaje de buena fe crédula, que ha sido engañado por el enajenante, que es en verdad un adquirente que no adoptó la más mínima precaución al comprar el inmueble. Sabemos que las únicas hipotecas de que puede responder el tercero adquirente a título oneroso, con arreglo a la doctrina del registro contenida en los arts. 1050 y 1052 del cód. civ., son las que se encuentran debidamente inscritas. Aquellas hipotecas no registradas sólo valen entre las partes y sus sucesores a título gratuito o lucrativo. Por lo que se deja expresado, el tercer poseedor antes de comprar, omitió informarse en el registro, sea con la manifestación de libros, sea pidiendo certificado de gravámenes, si el bien que pretendía adquirir se encontraba limpio. Pues bien; es a este hombre negligente y descuidado a quien pretende la ley protegerlo.

➤ No parecen estar dentro de la realidad judicial todas estas elucubraciones teóricas. En efecto, si alguien compra un inmueble y después arguye que no tenía conocimiento que gravaba sobre el mismo un derecho de hipoteca, nadie podría aceptar fácilmente esta declaración, ya que el nuevo dueño tenía a su alcance el registro, el cual le estaba preanunciando la existencia del gravamen. Hasta es posible que se considere que el precio que diera por la cosa tuvo en cuenta el valor que en su día habría de satisfacer para cancelar la hipoteca.

Si el tercer poseedor se obliga a responder por la hipoteca, es obvio que no sólo se encontraría limitada su responsabilidad al valor del inmueble gravado, sino que el acreedor puede perseguir sus otros bienes en caso de quedar un saldo insoluto de la obligación hipotecaria.

Es hasta un error de técnica denominar al adquirente "tercer poseedor". El adquirente en virtud del contrato de enajenación es nuevo dueño; no es un simple poseedor. Las diferencias entre propiedad y posesión son tan notorias que quien adquiere una cosa y se convierte en su dueño, no basta que se le denomine poseedor.

Por eso es que siempre nos ha sorprendido la declaración que hace el art. 1019 cód. civ. de que si el adquirente paga el crédito que resulte exigible por sentencia, tendrá derecho a reclamar a su enajenante la responsabilidad por el saneamiento. Este precepto es un rezago de la época en que las hipotecas eran ocultas, que ahora resulta difícil de explicar porque el adquiren-

te a título oneroso sólo responde de las hipotecas inscritas; y si compra un predio con hipoteca registrada no puede después pretender que ignoraba la existencia del gravamen y reclamar saneamiento, ya que el registro le advirtió de dicho gravamen.

Quien adquiere un inmueble hipotecado se encuentra obligado a soportar la ejecución; esta es una consecuencia de la realidad de la hipoteca, sin tener en cuenta si el nuevo dueño es también deudor hipotecario, lo cual es fácilmente comprobable con vista al contrato de enajenación. Aún cuando no se haya convertido en deudor hipotecario, el inmueble que ha adquirido con el gravamen le puede ser embargado y rematado mediante la acción real, que será ventilada ejecutivamente.

Sólo si acepta, el tercer poseedor puede convertirse en deudor personal del acreedor hipotecario; y así ocurre comúnmente en el Perú cuando alguien adquiere una finca hipotecada. De lo contrario, al tercer poseedor no pueden embargársele otros bienes que la finca gravada que ha adquirido. Su obligación no sólo se limita al valor de la finca que ha comprado; su responsabilidad se agota con un solo bien, aunque tenga otros.

En el derecho comparado, se admite que el tercer poseedor que paga el crédito se subroga en el crédito pagado contra su enajenante. Esta es evidentemente una subrogación legal, que se produce *ipso jure*. Esta subrogación supone que el enajenante del tercer poseedor queda obligado por el importe de la obligación pagada.

Pero la verdad es que el tercer poseedor no puede alegar que ignoraba la existencia de la hipoteca, porque el registro le informó de la misma; y, además, es obvio que al comprar el inmueble no dió el precio en su totalidad, sino que dedujo la cantidad que en su día fuera suficiente para pagar la hipoteca.

En la forma que se acostumbran vender los predios hipotecados en el Perú, el comprador no puede acogerse a subrogación alguna, desde que en el instrumento de adquisición declara conocer la existencia del gravamen y la obligación de satisfacer la obligación que la hipoteca asegura, además de que del precio que abona resta la suma necesaria para atender el pago de la obligación respaldada con la hipoteca, cuando ésta se torne exigible.

Quien paga la obligación asegurada con hipoteca y se subroga debe cuidar de inscribir el pago con subrogación en el registro.

La demanda ejecutiva contra el tercer poseedor debe reclamar el pago del capital, intereses y costas, como si la demanda se interpusiera contra el deudor personal, porque la hipoteca cubre todo esto. Si el tercer poseedor lo cree conveniente pagará el crédito puesto a cobro. En caso contrario, habría de dejar rematar el inmueble.

El tercer poseedor puede deducir excepciones y acogerse a los beneficios de la prescripción o de la caducidad de la inscripción o de la acción ejecutiva, si éstas se han producido.

Y la cosa juzgada contra el tercer poseedor no aprovecha ni perjudica al deudor personal. La sentencia pronunciada no impide que el deudor, en su caso, deduzca también excepciones, porque contra él no se ha seguido el juicio.

MANRESA (5) expresa que antes de dirigirse contra el tercero debe existir requerimiento al deudor para el pago y que dicho tercero debe igualmente ser requerido antes de procederse contra los bienes hipotecados. El requerimiento se hace por notario o judicialmente. Entre nosotros, no hay disposición legal que así lo disponga; por tanto, la acción contra el adquirente no reclama notificación previa, ni menos obliga al acreedor contra el primer constituyente.

Si el inmueble está en manos del constituyente no hay necesidad de que el acreedor utilice el derecho de persecución. A él no le importa que ese constituyente tenga otros acreedores, ya que por más numerosos y antiguos que sean, tiene cuando concurra con ellos el derecho de preferencia. La enajenación que da nacimiento al derecho de persecución puede ser total o parcial. El derecho de persecución aparece con la figura del llamado "tercer poseedor". Este es el nuevo dueño del inmueble y lo es porque lo ha comprado, o se lo han donado o adjudicado en pago o lo ha trocado o permutado.

El hecho de que un inmueble se encuentre hipotecado no impide hacerlo subastar por un acreedor común o quirografario, que acaba de nacer. Lo único que ocurre es que ese acreedor común ejecutante no será pagado hasta que del precio obtenido en el remate se descuente el importe de las hipotecas. Asimismo, el acreedor hipotecario de tercer rango puede hacer subastar el predio, sin esperar a que lo haga el primer acreedor hipotecario.

(5) XII, p. 508. Comentarios al C.C. español, ed. 1907, Madrid, Imp. de la Rev. de Legislación.

Por consiguiente, el tercer poseedor puede parecer que nacería con el remate. No es así, porque el remate limpiaría de hipotecas al inmueble y el subastador lo adquiriría libre de ellas. Pero siempre que el juez reserve el precio de la subasta para los acreedores hipotecarios no ejecutantes; si no lo hace las hipotecas continúan viviendo y el rematante no adquirirá el predio libre de gravámenes. Por tanto, quien adquiere un predio, en ejecución no iniciada por el acreedor preferente, debe cuidar que éste sea pagado primero, porque de lo contrario no adquirirá un bien realengo.

El inmueble hipotecado responde de los intereses y costas, a no ser que en el contrato se hubiera estipulado un límite a esta responsabilidad. No puede entonces el tercer poseedor pretender que se restrinja la cantidad de que responde el inmueble del que es propietario.

Como el tercer poseedor no responde personalmente de la obligación, sino propiamente el inmueble, o sea que es una responsabilidad *propter rem*, cesa de estar obligado si transfiere el inmueble gravado.

El tercer poseedor tiene una responsabilidad restringida. No se encuentra personalmente obligado para con el acreedor hipotecario, sino tan sólo por el precio de venta del inmueble y en cuanto bastare a satisfacer el crédito debido. Habiendo diferencia a favor, le corresponde al tercer poseedor, incuestionablemente. Si existe diferencia en contra, o sea si el precio de venta del inmueble gravado no alcanzare para cubrir el importe del crédito, de esa suma no responde el tercer poseedor, ni el constituyente fiador si éste ha sido un tercero, sino el deudor por la acción personal.

Puede ocurrir, sin embargo, que el tercer poseedor lo sea en virtud de un contrato en una de cuyas cláusulas declaró conocer la hipoteca y que se responsabilizaba por su importe, en el cual debería considerarse cualesquiera suma que se causare con posterioridad a su adquisición. En tal supuesto, el tercer poseedor no sólo responde con el precio del inmueble hipotecado, sino que el saldo, caso de existir, le puede ser cobrado también a él.

El tercer poseedor tiene una responsabilidad limitada; responde hasta donde alcance el valor del predio y nada más y no con sus otros bienes, sino con el inmueble gravado.

Ejemplo: *B* adquiere un predio hipotecado por *A*, su enajenante. Dicho predio está asegurando un préstamo que *A* recibió de *X*. El acreedor hipotecario *X*, como el préstamo no es pagado al vencer el término pactado, remata el predio de que ahora es dueño *B*. Resulta que con el precio de la subasta, deducidas las costas, *X* sólo consigue ser pagado no del íntegro, sino en S/o. 90,000.—, por lo que a *X* se le queda adeudando S/o. 10,000.—. En esta hipótesis, *B*, el tercer poseedor, no responderá del pago de este saldo por acción personal, sino sólo el deudor primitivo *A*, a no ser que en el contrato de enajenación *B* se hubiera comprometido a responder por el total del préstamo que recibió *A*, o como se estila en el Perú, si el comprador asume la hipoteca y se sustituye al deudor hipotecario que le hace la enajenación. Esta sustitución ilimitada, repetimos, lo responsabiliza más allá del importe del inmueble gravado que compró.

Si sobre el mismo inmueble existen varias hipotecas, el tercer poseedor no deberá pagar todas; le bastaría pagar la primera y subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario de primer rango.

Al tercer poseedor lo obligan todas las cláusulas y estipulaciones que contuviera el contrato de constitución de hipoteca, salvo que se trate de pactos y declaraciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres (art. III del T. P. del cód. civ.). El tercer poseedor es un sucesor, un causabiente del deudor, por lo que se encontrará sometido a todas las estipulaciones. Así, la designación de un domicilio donde tienen lugar los pagos, las interpelaciones, etc., obligan no sólo al deudor, sino al tercer poseedor. Sin embargo, promovida ejecución contra el tercer poseedor y aún contra el deudor, el domicilio del contrato no vale para la notificación con la demanda, la que nuestra ley procesal previene que debe ser personal (art. 310 del cód. de proc. civ.).

El tercer poseedor experimenta las mismas limitaciones que el constituyente con respecto al inmueble hipotecado. No puede deteriorarlo, ni desmejorarlo, en tal forma que reduzca sensiblemente el valor de la garantía. Se encuentra sujeto como sucesor, a las mismas obligaciones que pesaban sobre el constituyente causante. Así, si se le prohibió locar al constituyente, tampoco podrá hacerlo el tercer poseedor.

En doctrina se enuncia que el tercer poseedor tiene contra el deudor dos recursos, en caso de haber sido ejecutado por el acreedor hipotecario. Uno se debe a haber sido eviccionado; es un recurso de garantía, en que se le reclama el saneamiento al deudor. Otro se da cuando el tercer poseedor conserva el inmueble pagando la hipoteca, por lo que se subroga en los derechos del acreedor hipotecario contra el deudor.

Si el deudor es el mismo que ha constituido la hipoteca, contra él procede el recurso en garantía. Pero si el constituyente del gravamen es un tercero no deudor personal, es contra éste que se dirige la acción en garantía.

La acción de reembolso que tiene el tercer poseedor por haberse subrogado al acreedor hipotecario, se entiende siempre con el deudor; jamás contra el tercero constituyente de la hipoteca que garantiza deuda a la que no está personalmente obligado.

La acción de saneamiento por evicción que tiene el tercer poseedor contra su enajenante, procede si la adquisición fué a título oneroso (compra, permuta, adjudicación en pago); pero no si es a título gratuito (donación, legado), a no ser que se trate de donación remuneratoria, o con cargas, o que el donante hubiera exonerado al donatario del pago de la deuda (art. 1370 cód. civ.).

Para la procedencia de esta acción de saneamiento, el tercer poseedor no debe estar obligado por su contrato a pagar la hipoteca. Sin embargo, debe también atenderse que teniendo en cuenta la publicidad del registro, el tercer poseedor no podía alegar ignorancia respecto a la existencia del gravamen, aunque en el contrato de enajenación que lo convirtió en tercer poseedor nada se hubiera dicho. Es obvio que si el tercer poseedor es un adquirente a título oneroso, sólo se encuentra obligado a responder de las hipotecas inscritas. Y si el tercer poseedor es un adquirente a título gratuito no puede reclamar saneamiento alguno; y en tal hipótesis, responderá aún de las hipotecas no registradas, porque no es tercero del registro.

Impide que el adquirente reclame el saneamiento por evicción, que conozca de antemano el vicio o el gravamen que produjo la desposesión. Conforme a la teoría de nuestro cód. civ., esto tiene virtualidad (véase inc. 3º del art. 1376 cód. cil.), Por el contrario, tratándose de los vicios redhibitorios no es vicio oculto el que el adquirente ha podido conocer por si mismo y es sólo de los ocultos que responde el enajenante, no de

cualesquiera vicios. Pero el carácter público y conocido del gravamen hipotecario, por constar registrado, no obsta para que el adquirente del predio con ese gravamen reclame el saneamiento, a no ser que en el contrato hubiera renunciado a exigirlo, o, en otro caso, del precio de su adquisición hubiera reservado una parte destinada a cubrir la hipoteca. También puede el adquirente haber asumido, por cláusula especial, la obligación de pagar la obligación que la hipoteca garantiza. Este no será ya un tercer poseedor sino un nuevo deudor de la obligación hipotecaria.

En cuanto a la indemnización que el enajenante debe al tercer poseedor, funcionan las reglas conocidas instaladas en el título sobre evicción y saneamiento (art. 1374 del cód. civ.).

Dícese que la acción de reembolso que asiste al tercer poseedor que paga el crédito asegurado con hipoteca, se justifica porque está pagando una deuda que no es suya sino del deudor personal. Debe observarse, como en el caso anterior, que el tercer poseedor, por tratarse de hipoteca registrada, no puede pretextar que ignoraba su existencia y si compró la cosa hipotecada lo hizo por un precio tal que le permitiría satisfacer en su día el crédito hipotecario. De allí que esta acción de reembolso contra el deudor personal, por efecto de la subrogación que se ha operado al pagar al acreedor hipotecario, tampoco puede aceptarse sin ambajes.

El tercer poseedor deberá ser un adquirente a título oneroso, no a título gratuito; debe, además, no haber asumido por virtud del contrato que lo transformó en dueño, vale decir, en tercer poseedor, el pago de la hipoteca, porque entonces sólo se trataría del cumplimiento de obligaciones anteriormente contraídas.

La subrogación a favor del tercer poseedor se produce a virtud del art. 1269 inc. 2º del cód. civ., que previene:

“La subrogación se opera de pleno derecho, a favor:

2. “Del que por tener legítimo interés cumple la obligación”.

Pero sobre todo, en observancia de la fórmula del art. 1019 del cód. civ., que declara:

“El tercer poseedor del bien hipotecado tiene derecho de pagar el crédito que resulte exigible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento”.

En virtud del saneamiento que reclama el tercer poseedor a su causante, es decir, a quien le enajenó el predio a título oneroso (venta, permuta, adjudicación en pago), éste le debe, conforme al art. 1374 del cód. civ., el valor del crédito que ha tenido que satisfacer, las costas del juicio de saneamiento y las costas del juicio en que fué vencido el adquirente y los impuestos y gastos del contrato por el que se le transmitió el predio, siempre que el adquirente los hubiera pagado. Los frutos no los debe el adquirente sino en caso de mala fe y no puede exigirlos en todo caso del enajenante. Quien se ha convertido en tercer poseedor antes de la ejecución tiene derecho a los frutos, ya que el mismo derecho tenía el constituyente del gravamen. Promovida ejecución, si el embargo no se limita a la anotación preventiva sino que se designa un administrador o depositario que recolecte los frutos civiles, desde que los frutos de la industria agrícola se encuentran excluidos de la hipoteca, es obvio que el tercer poseedor deberá los frutos al igual que los debería el propio constituyente.

El derecho del tercero poseedor a reclamar de su enajenante estos pagos procede aunque todavía no hubiere abonado el precio de la obligación que resulte exigible por sentencia (art. 1019 cód. civ.). Basta que se le hubiere citado con la demanda, ya que ello significa una perturbación de derecho que el enajenante deberá sanear. Con mayor razón si a causa del juicio ejecutivo es desposeído del predio, mejor dicho, expropiado; no ya si conserva el predio y paga el crédito asegurado.

El enajenante debe, además, los daños y perjuicios al adquirente si procedió con mala fe, es decir, a sabiendas que el predio se encontraba hipotecado y el adquirente lo ignoraba (art. 1379 cód. civ.). Es difícil, empero, determinar la mala fe del enajenante y la buena fe del adquirente si, como es indispensable, la hipoteca se encontraba inscrita en el registro. A este respecto, si la hipoteca no estuviera registrada, no podría surtir efecto contra el adquirente a título oneroso. Contra éste sólo tienen eficacia las hipotecas inscritas.

Si el tercer poseedor no opta por pagar el crédito hipotecario que resulte exigible por sentencia, sino que deja que rematen el predio y hace la mejor puja por lo que le es adjudicado dicho predio en la subasta que provoque la ejecución del acreedor hipotecario, se presentan dos hipótesis: una, el tercer poseedor tiene que entregar, como precio de la subasta, una cantidad

mayor que la que dió al enajenante para que le transfiriera el dominio, en cuyo caso sólo reclamará del enajenante la diferencia entre el precio que le diera y el que ahora da en el remate; y si lo obtiene por un precio inferior también debe reclamar ese precio.

La acción hipotecaria puede hacer perder al tercero la cosa inmueble que le ha sido transmitida. Ello ocurriría en el caso de que no pagara el crédito asegurado con hipoteca.

Dícese entonces que el tercer poseedor ha sido eviccionado. La evicción importa la privación del dominio y de allí se sigue que el enajenante debe el saneamiento por la evicción que ha sufrido el adquirente.

En todo acto de carácter oneroso, en el que cada prestación se hace en vista de la prestación que realiza la otra parte, se encuentra implícita la obligación de garantía llamada saneamiento.

Todo adquirente a título oneroso tiene derecho a que la prestación de su contratante sea efectiva. El enajenante ha de hacer sano el contrato, o sea que habrá de responder al adquirente del daño que le sobreviniere a la cosa que enajena por cualquier causa anterior al contrato que prive o impida al adquirente la posesión o el goce de la cosa adquirida. La obligación de sanear el contrato funciona en la permuta, en el arrendamiento, en la sociedad, en la prenda, en la hipoteca, en general, como declara nuestro cód. civ. en su art. 1370, en todos los contratos onerosos en que se transfiere la propiedad, la posesión o el uso de las cosas.

El adquirente reclamará del enajenante determinadas prestaciones, conforme al art. 1374 del cód. civ., pero no puede exigirle el valor de las mejoras que hubiere puesto en el inmueble, desde que el adquirente desposeído tiene acción directa contra el verdadero dueño de la cosa que percibe la utilidad o beneficio de lo mejorado y no del que la vendió. Empero, la ley declara, en el art. 1378, que las mejoras no pagadas por el reivindicante, deberán ser abonadas por el enajenante.

Es conveniente tener en cuenta la prescripción de la acción de garantía por razón de saneamiento, la cual se cuenta desde el día en que tuvo lugar la evicción (art. 1161 cód. civ.); y su plazo prescriptivo es el mismo de la acción personal.

Vale la pena examinar si las mejoras que en el bien introduzca el tercer poseedor se encuentran afectadas a la hipoteca.

La respuesta afirmativa no admite hesitaciones. Pero conviene saber si el tercer poseedor tiene derecho al valor de las mejoras que hubiere introducido, salvo si fueran de recreo, o no. Hay que tener en cuenta que el tercer poseedor ha hecho mejoras a sabiendas que la cosa se encontraba hipotecada, ya que el registro le advertía del gravamen; pero el derecho a las mejoras necesarias y útiles lo tiene hasta el poseedor de mala fe (art. 835 del cód. civ.). Otra cuestión importante es la de saber si este poseedor goza del derecho de retención por las mejoras. En el derecho francés, los civilistas modernos consideran que el tercer poseedor no goza del derecho de retención, pero le acuerdan el derecho de que se le pague antes que al acreedor hipotecario del precio en que se vendiera el inmueble (6).

PLANIOL-RIPERT y BECQUÉ (6a) hacen saber que si el tercer poseedor ha mejorado el inmueble, el acreedor hipotecario se encuentra obligado a indemnizarle el mayor valor que dicho inmueble alcance con las mejoras; y que, de lo contrario, el acreedor se enriquecería a expensas del tercer poseedor.

Las mejoras útiles son las que aumentan de valor al predio en que inciden; pero debe examinarse el caso de las mejoras necesarias si ejecutadas por el tercer poseedor deben abonársele a éste. Son muchos los autores que se inclinan a opinar que el tercer poseedor debe ser indemnizado del valor de estas mejoras siempre que existan (7).

Otros autores le niegan al tercer poseedor todo derecho a indemnización, ya que el inmueble con estas mejoras necesarias no ha aumentado de valor. Así, BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES (8), y LAURENT (9).

Pero es evidente que aún en el caso de mejoras necesarias existiría en el acreedor hipotecario un enriquecimiento torticero, y que el valor que se ha incorporado es igual a aquel valor que hubiera perecido si la mejora no se hubiera llevado a cabo.

Por las mejoras goza el tercer poseedor del derecho de retención; así lo establece nuestro cód. civ. en su art. 839. Pero

(6) BAUDRY-LACANTINERIE et de Loynes, III, Nos. 2171 y 2209, p. 403 s. y 438; PLANIOL y RIPERT y BECQUE, XIII, Nos. 1139 y 1175, tex. y n. 2 de la p. 493; AUBRY et RAU, III, § 287, tex. y n. 32 de la p. 600; tex. y n. 56 de la p. 608.

(6a) XIII, Nº 1169, p. 490.

(7) PLANIOL-RIPERT y BECQUE, XIII, Nº 1172, p. 491; AUBRY et RAU, III, § 287 4º, p. 607 s.; COLIN et CAPITANT, II, p. 979; GUILLOUARD, III, Nº 1638 s., p. 504 ss.

(8) III, Nº 2204 s. p. 433 s., quien reconoce que el acreedor se enriquecería injustamente.

(9) XXXI, Nº 306, p. 278 ss.

ni aún en Francia, donde se admite el derecho que al tercer poseedor le asiste para ser indemnizado de las mejoras que hubiere hecho, se le ha concedido derecho de retención del predio gravado; a lo más se le da una retención sobre el precio de adjudicación (10). Para nosotros, el tercer poseedor no debe ser indemnizado por mejoras, porque las hizo a sabiendas de la existencia de la hipoteca y ésta grava las mejoras.

El tercer poseedor no puede, para enervar la acción real, alegar las cláusulas del contrato que lo transformó en dueño de la cosa hipotecada, que se refieren al modo de pago, o a la época de exigibilidad del precio (11).

PLANIOL-RIPERT y BECQUÉ (12) expresan que el tercer poseedor puede invocar, si procede, la excepción de garantía, que consiste en exigir el saneamiento por evicción. Por ejemplo, si el acreedor hipotecario resulta heredero de quien le enajenó a título oneroso el inmueble. A este respecto, no es cualquier tercer poseedor quien puede alegar la excepción de garantía, sino aquel a quien se le transfirió a título oneroso la cosa. El tercer poseedor quedaría a cubierto de toda acción, de acuerdo con la regla *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, o sea que "quien es deudor de la garantía no puede desposeer".

Es obvio que la acción hipotecaria tiende a eviccionar al tercero poseedor y quien debe garantía no puede eviccionar. La acción hipotecaria podrá ser paralizada por la excepción de garantía, que es perentoria.

Si el tercer poseedor, que lo es por compra del inmueble hipotecado, retiene parte del precio y se obliga a responder por el importe de la hipoteca que grava la cosa comprada, se ha producido una delegación imperfecta no novatoria, en la que el tercer poseedor no sólo responde del crédito con el valor del inmueble, sino con sus otros bienes; sería a la vez tercer poseedor y deudor personal.

Si el acreedor da por libre al deudor enajenante entonces habría una novación o delegación perfecta.

(10) PLANIOL-RIPERT y BECQUE, XIII, Nº 1175, p. 492 s.

(11) GUILLOUARD III, Nº 1671, P. 532 s.; para el acreedor hipotecario eso es res inter alios acta; AUBRY et RAU, III, § 287 2º, p. 601.

(12) XIII, Nº 1129, p. 456 s. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE et de Loynes, III, Nº 2165, p. 398; GUILLOUARD, III, Nº 1667, p. 530; AUBRY et RAU, III, § 287 2º, p. 598 s.

Es claro que más conviene al acreedor la delegación imperfecta, ya que tiene dos deudores.

Previene el art. 1019 que "el tercer poseedor del bien hipotecado tiene el derecho de pagar el crédito que resulte exigible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento".

En realidad, al adquirir el tercer poseedor el bien con tal gravamen acusa negligencia, ya que para él no valen otras hipotecas que las inscritas y, en tal virtud, no puede alegar que las desconocía.

Lo que ocurre en la práctica es que el contrato por el cual al tercer poseedor se le transfiere la propiedad contiene cláusula por la cual éste acepta y declara conocer el gravamen y se obliga a responder por él. No se concibe cómo alguien adquiera un bien ignorando la existencia de una hipoteca registrada, ya que antes de hacer la adquisición exige un certificado de gravámenes en que consten no sólo los inscritos, sino los pendientes de inscripción. El saneamiento sólo puede exigirlo un adquirente a título oneroso, no uno a título gratuito; y en el primer caso, del precio que da por la venta de la cosa reserva una parte destinada a pagar al acreedor hipotecario en su día. De manera que no nos explicamos cómo puede exigir saneamiento por evicción. Hay también hipótesis en que el acreedor hipotecario interviene en la escritura pública de venta consintiendo en que el comprador sea el nuevo deudor hipotecario y da por libre al vendedor, su deudor hipotecario originario, en cuyo caso se produce una delegación perfecta o novatoria. Si no interviene, tiene dos deudores hipotecarios porque sólo se trata de una delegación imperfecta, siempre que en el contrato conste que el comprador se obliga a responder por la deuda hipotecaria. Esta sería en verdad una auténtica cesión de deudas.

Quizá es aplicable la doctrina del art. 1019 del cód. civ. en la hipótesis de que por error del registrador el inmueble que se pretende adquirir aparezca libre de cargas y gravámenes y en realidad soporte una hipoteca; en tal caso, la hipoteca existe para todos, inclusive para el adquirente, porque el certificado de gravámenes no puede operar el milagro, al aparecer limpio, de dar por libre al predio de una hipoteca que no ha sido cancelada.

Si el tercer poseedor paga la deuda se subroga en los derechos del acreedor. Este es un caso de subrogación legal contenido en el inc. 2º del art. 1269 del cód. civ.

Y el art. 1019 del mismo cód. establece que puede exigir del deudor hipotecario, su vendedor, el saneamiento. Hay que examinar detenidamente esta cuestión: Es obvio que ningún saneamiento puede exigir este tercer poseedor que ha comprado el inmueble, no que se lo han donado, si no pagó todo su precio sino que reservó una parte destinada a cancelar la hipoteca, que reconoció la existencia del gravamen, y que todo esto constó en la escritura pública de compra-venta. Pero también a nuestro juicio, no puede reclamar saneamiento aunque nada se hubiere convenido, ya que el tercer poseedor, o sea el adquirente a título oneroso —porque quien adquiere a título gratuito no puede reclamar saneamiento— no puede pretextar que ignoraba la existencia de la hipoteca, desde que para que ésta surta efecto contra el comprador del inmueble debe encontrarse registrada y teniendo en cuenta la publicidad del registro el comprador no podía pretender ignorar el gravamen. Puede entonces inferirse fundadamente que compró a sabiendas de la existencia del gravamen y que el precio que diera no era el justo sino que hubo de disminuirlo en la cantidad necesaria para pagar la hipoteca.

Insistimos: el tercer poseedor no puede exigir saneamiento por evicción, porque al comprar el predio debió enterarse en el registro que se encontraba gravado. Si lo ha ignorado, ello se debe a su propia negligencia. La más elemental precaución lo obligaba a investigar cuál era la situación jurídica del predio que adquiriría. Hasta es presumible que no diera el precio verdadero, sino que reservó la cuantía necesaria para pagar la hipoteca. Parece, sin embargo, que sólo no procedería el saneamiento si en el contrato existiera cláusula expresa por la cual el adquirente renuncia al saneamiento con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose expresamente a sus consecuencias. Así lo dispone el art. 1373 del cód. civ. en su frase final. No habiendo tal cláusula cabe demandar el saneamiento, aunque la causa de la evicción se encontrara debidamente inscrita en el registro de la propiedad inmueble. Se presume que el adquirente la ignoraba; y aunque hubiera conocido la causa puede exigir el saneamiento, desde que en el contrato no renunció expresamente el derecho a saneamiento o se hubiese pacta-

do que el enajenante no quedara sujeto a tales responsabilidades (art. 1371 cód. civ.).

Si la hipoteca comprende varios inmuebles y uno de ellos ha sido adquirido por un tercer poseedor, el acreedor hipotecario puede, a su elección, ejecutar los inmuebles que aún se encuentran en manos del constituyente, o aquel que es de un tercer poseedor. Este puede, en concepto del acreedor, ser más fácilmente vendido que los otros, o alcanzar un mayor precio, que cubra rápidamente la obligación. El art. 1022 del cód. civ. hace inferir que el acreedor es libre de ejecutar a todos los inmuebles hipotecados, o a uno o a varios de ellos.

Aunque los inmuebles hipotecados se encontraran todos en poder de diversos terceros poseedores, el acreedor hipotecario puede promover tantas acciones reales como inmuebles gravados hayan en poder de terceros; y estas acciones puede interponerlas simultáneamente, al mismo tiempo. Esta multiplicidad de acciones la permite el art. 1022 del cód. civ., por lo que resultaría inoperante deducir la excepción de pleito pendiente. Esta excepción no funcionaría, además, porque los predios hipotecados están en manos de diversas personas.

Si la hipoteca que tiene a su favor el acreedor grava también a otros predios por la totalidad del crédito, pero el acreedor ha promovido ejecución contra el predio que se encuentra en manos del tercer poseedor, quien paga todo el crédito garantizado, hay a favor de éste una subrogación legal que se da en observancia de la fórmula del art. 1022 del cód. civ.

Esta subrogación a favor del tercer poseedor no es, sin embargo, por todo el crédito y contra cualesquiera de los otros predios. Ni siquiera se puede admitir que esta subrogación sea por el importe total del crédito menos la cuota de la cual respondía el propio predio del tercer poseedor.

El tercer poseedor sólo puede dirigirse contra los otros predios, sea que éstos se encuentren dentro del dominio del constituyente, o en poder de terceros poseedores, por la porción correspondiente a cada predio, que es proporcional al valor de cada predio. La acción real se distribuye entre todos los predios, inclusive el del tercer poseedor. Puede también el tercer poseedor, por medio de la acción personal, cobrarle al mismo deudor; y ese cobro es por el íntegro de la obligación, salvo que cosa dis-

tinta se hubiere establecido en el contrato que lo transformó en tercer poseedor (13).

El tercer poseedor no tiene, como en el derecho francés, el beneficio de excusión. Este beneficio aparece cuando el deudor constituyente de la hipoteca ha garantizado el cumplimiento de la obligación con la hipoteca de varios predios, uno de los cuales ha sido enajenado a un extraño, que es el tercer poseedor o tercero detentador. Pues bien; si el acreedor hipotecario dirige su acción contra este predio que se encuentra en manos del tercer poseedor, éste puede oponerle el beneficio de excusión, a fin de que previamente realice los predios que todavía son del dominio del deudor y que se encuentran gravados. En el Perú, el acreedor hipotecario puede ejecutar el predio que más le conviene, se encuentre en poder del propio constituyente o de un tercero; así se desprende del art. 1022 del cód. civ., que textualmente dice:

“Si la hipoteca comprende varios inmuebles, el acreedor puede limitar la ejecución a uno o varios de ellos, y, en este caso, quien fuera tercer poseedor del bien ejecutado se subroga en la hipoteca que afecta los demás bienes para que se le indemnice en la parte proporcional que corresponda”.

Con el objeto de librarse de la acción hipotecaria o derecho de persecución, el tercer poseedor o tercero detentador, pagará el crédito del acreedor hipotecario, con más los intereses causados y costas del procedimiento. Este pago paraliza la ejecución y permite que el tercer poseedor reclame a su vendedor el saneamiento. Dice al respecto el art. 1019 del cód. civ.:

“El tercer poseedor del bien hipotecado tiene derecho de pagar el crédito que resulte exigible por sentencia y pedir a su enajenante la responsabilidad del saneamiento”.

El pago al acreedor hipotecario no derivará mayores complicaciones si estuviere debiendo el precio a su enajenante. Y aún en el caso de que hubiere otras hipotecas de rango inferior, podrá pagar la primera hipoteca que ejercita el derecho de persecución y se subrogará en los derechos del acreedor pagado, aún frente a los otros acreedores hipotecarios; o sea que en la hipótesis de que los otros acreedores hipotecarios de rango inferior ejecuten el predio, tendrán que pagar primero el crédito en el

(13) Véase PLANIOL-RIPERT y BECQUE, XIII, Nº 1182, p. 498 s.; COLIN et CAPITANT, II, p. 980 s.; BAUDRY-LACANTINERIE et de Loynes, III, Nº 2170, p. 403.

que se ha subrogado y a pesar de que, por otra parte, es también dueño del predio hipotecado.

La subrogación en los derechos del acreedor hipotecario con primera hipoteca se apoya en el art. 1269 inc. 2º del cód. civ., que contempla un caso de subrogación de pleno derecho cuando se cumple la obligación porque se tiene legítimo interés.

Además, debe tenerse en cuenta que se subroga el tercer poseedor que es ejecutado por el acreedor hipotecario cuando el gravamen comprende varios inmuebles, los que contribuirán a indemnizarlo proporcionalmente, como lo prevé el art. 1022 del cód. civ.

En realidad, los otros acreedores hipotecarios vacilarán en ejecutar el predio en el que el propio propietario se ha subrogado en el crédito hipotecario de primer rango, porque el valor que arroje la subasta será destinado para pagar en primer término al acreedor hipotecario subrogado y, al propio tiempo, dueño del inmueble rematado. Es claro que si el inmueble tiene un precio considerable, que alcanzaría a cubrir todos los gravámenes, pueden los acreedores hipotecarios que se encuentran en rango inferior, provocar y seguir la ejecución hasta convertir en dinero dicho inmueble.

Establecido que el tercer poseedor al pagar al primer acreedor hipotecario se subroga, se sigue que esta subrogación puede serle beneficiosa, si además de la hipoteca dicho primer acreedor contaba con otras garantías para el pago de la obligación, como serían fianzas, o la concurrencia de algunos codeudores solidarios. Es obvio que este tercer poseedor y, a la vez, primer acreedor hipotecario subrogado, puede utilizar en su beneficio dichas garantías; y entonces el predio resultaría adquiriéndolo a un precio muy bajo, desde que hay que tener en cuenta que al fijar el precio descontó el valor de lo que en su día le pagaría a los acreedores hipotecarios.

Esta subrogación para que se le indemnice en la parte proporcional tiene importancia en esta hipótesis. *X*, deudor hipotecario de *Z*, por un préstamo de S/o. 500,000.—, constituyó hipoteca en dos inmuebles de su propiedad cuyos valores eran de S/o. 2'000,000.— y S/o. 1'000,000.—, respectivamente. Pues bien; *X* vende a *B* el inmueble que vale S/o. 1'000,000.—; y poco después constituye segunda hipoteca a favor de *C*, por otro préstamo de S/o. 500,000.— en el inmueble que continúa siendo de su propiedad y que tiene un valor, como ya se dijo, de

S/o. 2'000,000.—. El acreedor hipotecario Z, vencido el plazo, mediante el uso de la acción real ejecuta el inmueble del que B es tercer poseedor y como su valor lo permite, se hace pago íntegramente del crédito de S/o. 500,000.— que X le debía. Si no se otorgara por la ley la subrogación a favor de B, el tercer poseedor, se beneficiaría C, el segundo acreedor hipotecario de X, cuya hipoteca tendría en adelante el primer rango. Pero esa subrogación no es por el total, sino que atendido el valor de los dos inmuebles, por los S/o. 500,000.— el inmueble de S/o. 2'000,000.— respondería en sus dos terceras partes.

Sí el art. 1022 del cód. civ. dispone que el tercer poseedor que adquiere uno de los varios inmuebles hipotecados y que, precisamente, es aquel que el acreedor ejecuta con el fin de cobrar la obligación garantizada, se subroga en la hipoteca que afecta los demás bienes, establece que se transforma en acreedor hipotecario, para que se le indemnice en la parte proporcional que corresponda.

No parece que existe tal "parte proporcional que corresponda", como dice la disposición. Veamos un ejemplo: hipoteca por un millón de soles que incide sobre cinco inmuebles, cuyo valor es el siguiente:

1	inmueble	vale	millón y medio de soles.
1	"	"	un millón de soles.
1	"	"	quinientos mil soles.
1	"	"	ochocientos mil soles
1	"	"	dos millones de soles.

El inmueble que vale un millón lo vende el deudor hipotecario a B.

El acreedor hipotecario limita la ejecución al inmueble que es propiedad de B. Este paga el millón que garantiza la hipoteca y repite contra los demás, "*proporcionalmente*", como exige el art. 1022. Parece que no, porque B, por efecto de la subrogación, puede dirigirse contra cualesquiera de los otros inmuebles reclamando ochocientos mil soles, v.g. Y esto porque la inscripción de la hipoteca (las inscripciones) declaran que cada inmueble responde íntegramente por el millón de soles. Si se dice que cada inmueble responde por 200 mil soles, B no puede dirigirse contra los demás inmuebles, porque al adquirir sabía que cada inmueble respondía por 200 mil soles. No podría

repetir. Asimismo, el acreedor sólo podría ejecutar por 200 mil soles.

Parece entonces que la palabra "proporcional", equivalente a "prorrata" es defectuosa.

Conforme al art. 1271 del cód. civ., la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos y garantías del antiguo acreedor. Y aquí si el subrogado no puede cobrar más que la parte proporcional no existe sustitución de los derechos y garantías del que fuera acreedor hipotecario.

B parece que no se subroga para que se le pague proporcionalmente, sino que puede exigir el todo a cada uno de los otros inmuebles, deduciendo la parte de la que era su inmueble responsable. Esta es, por otra parte, la doctrina del art. 1272 del cód. civ., cuando hace el pago uno de los que estaba obligado por una deuda junto con otros, por ejemplo, si paga un codeudor solidario. Declara el precepto que puede cobrar el todo, menos la parte que le corresponde en la obligación.

Sin embargo, el art. 1022 del cód. civ. expresa que el tercero poseedor "se subroga en la hipoteca que afecta los demás bienes para que se le indemnice en la parte proporcional que corresponda". Es decir, tiene derecho a cierta parte proporcional deducida la parte de que responde el inmueble que ha adquirido; y esa parte proporcional tiene que ser establecida en atención al valor de cada inmueble. Y en caso de desacuerdo habrá de determinarse judicialmente, en la vía ordinaria o sumaria, según la cuantía.

Si el tercer poseedor no puede subrogarse en los derechos del acreedor hipotecario sobre los otros inmuebles, porque dicho acreedor renunció a la hipoteca sobre dichos inmuebles, hay que distinguir si esa renuncia tuvo lugar antes o después que el inmueble hubiere sido adquirido por el tercer poseedor. Si fué formulada antes, el tercer poseedor nada tendría que objetar; pero si se evacúa con posterioridad a su adquisición, es evidente que lo perjudica y que ya la subrogación no es posible. Se han querido aplicar, para este caso, los principios de la fianza, que nuestro cód. civ. contiene en su art. 1797:

"Los fiadores quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos y garantías del mismo".

Aún cuando no se puede extender esta doctrina de la fianza a la hipoteca, parece que debe tenerse presente que el tercer

poseedor compró el inmueble hipotecado porque sabía que respondía de la obligación junto con otros; y que el dinero que por el mismo daba no habría de perderlo, desde que en caso de pagar íntegramente el gravamen, se subrogaba en los derechos del acreedor pagado a fin de que el propietario o los propietarios de los otros inmuebles lo indemnizasen a prorrata. De otro modo, nadie se arriesgaría a comprar un predio hipotecado junto con otros, ya que la renuncia a la hipoteca sobre los otros inmuebles ajenos lo dejaría al tercer poseedor imposibilitado de subrogarse. Consideraciones elementales de justicia aconsejan que en caso de renuncia el acreedor debe reconocer al tercer poseedor que le responde del gravamen las sumas proporcionales que como indemnización le hubieren pagado los propietarios de los otros inmuebles. Los civilistas franceses sólo admiten algún derecho al tercer poseedor en caso de concierto fraudulento entre el acreedor y el deudor (14). Para los tribunales franceses, la pérdida o la renuncia que de la hipoteca hiciere el acreedor sobre los otros inmuebles, no extingue su acción contra el tercer poseedor.

BIBLIOGRAFIA

- AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français, tome III, ed. 1938.
 BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, XXVII, Du nantissement, des privilèges et hypothèques, III, ed. 1906.
 COLIN et CAPITANT, Cours . . . , tome II.
 GUILLOUARD, Traité des Privilèges et Hypothèques, A Pedone, éditeur, 1898.
 JOSSERAND, Cours de Droit Civil Positif Français, tome II, éd. Recueil Sirey, 1939.
 LAURENT, Principes de Droit Civil Français, XXXI, éd. 1887.
 MANRESA, J. M., Comentarios al Código Civil Español, tomo XII, ed. 1907.
 PLANIOL-RIPERT y BECQUE, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo XIII, ed. 1940.
 SALVAT, Tratado de Derecho Civil Argentino, X, Derechos Reales, III, ed. 1946.

(14) PLANIOL-RIPERT y BECQUE, Nº 1137, tex. y n. 3 de la p. 466, con jurisprudencia; AUBRY et RAU, III, § 284, tex. y n. 29 de la p. 566; § 287, tex. y n. 30 de la p. 600; BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, III, Nº 2168 s., p. 400 ss.; el tercer poseedor puede alegar que la subrogación es imposible sobre otras seguridades agregadas al crédito hipotecario.