

garantía concedida á los acreedores contra el tercer adquirente que no ofreciera el verdadero valor del inmueble á los acreedores. Sabiendo que en caso de insuficiencia habrá remate los terceros adquirentes lo evitarán naturalmente haciendo ofertas que los acreedores tengan interés en aceptar; y aunque estas ofertas no alcanzarán enteramente el precio que pudiera dar una adjudicación pública es, no obstante, más favorable á los acreedores que una venta forzada, pues la purga sin remate es poco costosa, mientras que los gastos de la expropiación son considerables y disminuyen, por tanto, la prenda de los acreedores. Tal es la purga en el espíritu de la ley; el derecho de remate es su elemento esencial, puesto que asegura á los acreedores el valor de la prenda.

485. ¿Cuándo pueden los acreedores usar del derecho de remate? Lo que acabamos de decir responde á la cuestión. La puja es una garantía que la ley da á los acreedores contra las ofertas insuficientes de los terceros adquirentes que quieren purgar el inmueble; supone, pues, que el procedimiento de purga está comenzado por las notificaciones hechas á los acreedores. El texto mismo de la ley lo dice: "cuando el nuevo propietario ha hecho la notificación del art. 110 (Código Civil, art. 2183) en el plazo fijado todo acreedor inscripto puede requerir el remate público del inmueble" (art. 115; Código Civil, art. 2185). Es, pues, necesario que las notificaciones estén hechas conforme á la ley y en el plazo que ésta prescribe para que los acreedores tengan el derecho de pedir el remate público del inmueble que el tercer adquirente quiere purgar. Hay, sin embargo, sentencias que han admitido el remate sin que el adquirente hubiese comenzado el procedimiento de la purga y sin que hubiese hecho ninguna notificación. Semejantes decisiones desconsideran la jurisprudencia; dejan creer que nada hay seguro en derecho y que la justicia es una lotería en

que hay tantos lotes malos como buenos. Se lee en estas sentencias que la ley no prescribe bajo pena de nulidad que las notificaciones tienen que ser hechas antes del remate. Contestamos que si no lo dijera la ley el sentido común lo dice: ¿puede tratarse de una cuestión de garantía contra el ejercicio de la purga cuando ésta no existe? ¿Qué importa que la ley no pronuncie la nulidad de un remate hecho sin notificaciones? No se trata de nulidad, se trata de saber cuándo es de aceptarse el remate, y en este punto la ley está tan clara como pueda serlo. Es después de que el nuevo propietario ha notificado á los acreedores su voluntad de purgar ofreciendo su precio á los acreedores inscriptos cuando éstos pueden rechazar esta oferta requiriendo el remate público. ¿Se concibe que una corte decida que los acreedores tienen derecho de rechazar ofertas que no les fueron hechas? Inútil es insistir más, la doctrina no tuvo en cuenta alguna estas extrañas decisiones; deberían enseñar una cosa á los prácticos: es que las sentencias no son oráculos. (1)

*Núm. 2. ¿Quién puede rematar?*

486. El art. 115 (Código Civil, art. 2185) contesta: "Todo acreedor cuyo título está inscripto." Es necesario que el título esté inscripto, puesto que se trata de ejercer un derecho hipotecario, y el ejercicio de la hipoteca está subordinado á la inscripción, la que la hace eficaz para con los terceros. De esto se sigue que el hecho material de la inscripción no basta para que el acreedor tenga el derecho de rematar, es necesario que la inscripción sea la regular manifestación de un derecho hipotecario. Esto es lo que la Corte de Caen estableció muy bien. En principio cuando

1 Véanse las sentencias de Limoges y de Rennes citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 523, nota 48, pfo. 294. La Corte de Limoges acabó por cambiar su jurisprudencia. Limoges, 24 de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 173). Compárese Martou, t. IV, p. 152, núm. 1498, y Pont, t. II, p. 617, núm. 1354.



la ley exige una acta como base de una acción entiendo una acta regular conforme con estas prescripciones; es en este sentido como dice que los acreedores *inscritos* en el inmueble tienen el derecho de prosecución; la inscripción debe ser eficaz, y sólo lo es cuando se toma para la conservación de un derecho eficaz y en el plazo y en las formas requeridas por la ley. Si una inscripción estuviera tomada para un crédito hipotecario cuando la hipoteca fuera nula ó el crédito extinguido el acreedor no podría seguramente ejercer el derecho de prosecución, pues es su hipoteca lo que le da este derecho, no es la inscripción; ésta solo es manifestación legal del derecho. Se objetaba en el caso sentenciado por la Corte de Bourges que el remate, una vez notificado, existe en interés de todos los acreedores inscritos; de modo que el desistimiento del acreedor promovente no les privaría del beneficio de remate; y se pretendía inducir de esto que la inscripción bastaba para validar el remate en favor de los demás acreedores. Esto era razonar muy mal; si el remate aprovecha á todos los acreedores es bajo la condición de que sea válido; si es nulo hay que aplicar el principio de que lo que es nulo no produce ningún efecto. (1)

Así el remate sería nulo si la inscripción hubiera sido hecha en una época en que la ley no permite ya tomarla; por ejemplo, después de la transcripción del acta translativa de propiedad en virtud de la que el tercero detentor posee el inmueble. El acreedor tiene, en este caso, una hipoteca, pero una hipoteca ineficaz, puesto que no puede ser inscrita, y sin inscripción no hay acción hipotecaria. Por aplicación del mismo principio fué sentenciado que el remate es nulo cuando la inscripción fué hecha sin estar fundada en la ley ni en un título; se puede decir que esta inscripción es inexistente, puesto que está fundada en la nada y ella mis-

1 Caen, 29 de Febrero de 1844 (Daloz, en la palabra Remate, núm. 216). Pont, t. II, p. 609, núm. 1340.

ma es la nada. Lo mismo fuera si el título estuviera extinguido; sin título no pudiera haber inscripción, y la que se toma no tendrá más que apariencia de existencia: en realidad sería la nada. (1)

487. Fué sentenciado que el acreedor que dió levantamiento de la inscripción puede aún rematar mientras la inscripción no ha sido cancelada. Esto puede sostenerse si se admite, como lo hemos enseñado, que el levantamiento no tiene efecto más que después que la cancelación ha sido hecha en los registros (núm. 225); tiene en este caso una verdadera eficacia; por consiguiente, se está en los términos de la ley. La Corte de Casación no parece entenderlo así; decidió terminantemente que el *título aparente, cualquiera que sea*, da al acreedor el derecho de rematar. (2) Esta decisión está criticada por todos los autores, y con razón (3) Cuando la ley exige que el título esté *inscripto* para que el acreedor pueda rematar no se contesta con una apariencia de inscripción, quiere una inscripción real y eficaz, y se admite que el levantamiento basta para que la inscripción sea eficaz; hay que concluir que el acreedor que dió el levantamiento no tiene ya título inscripto y que, por tanto, no puede rematar.

488. Una inscripción caducada está considerada como no haber sido tomada nunca; luego el acreedor no puede ya rematar aunque la inscripción no estuviera cancelada; lo está en virtud de la ley, puesto que pierde todos sus efectos. Así sucedería aunque la inscripción hubiera estado aún eficaz cuando la venta y la transcripción, pero que hubiera caducado cuando el remate, pues es en el momento en que el acreedor pide el remate cuando debe tener el derecho de

1 Véanse las sentencias citadas por Martou, t. IV, p. 128, núm. 1456, y Dalloz, en la palabra Remate, núm. 49.

2 Denegada, 23 de Abril de 1807 (Dalloz, en la palabra Remate, núm. 48).

3 Delvincourt, Persil, Martou (t. IV, p. 128, núm. 1456).



pedirlo. Lo contrario fué sentenciado por la Corte de Lieja dice que el acreedor tenía un derecho adquirido. (1) Esto no es exacto; no hay derecho adquirido en materia de inscripción hipotecaria en el sentido de que la inscripción necesaria para el ejercicio de un derecho debe necesariamente existir en el momento en que se ejerce este derecho.

489. ¿Qué debe decidirse si la inscripción sólo caducó después del remate? Es seguro que, en este caso, el acreedor tiene el derecho de postura y que la suya es válida. La dificultad está en saber quién puede proseguirla. En nuestro concepto el acreedor cuya inscripción caduca no puede ya figurar en el procedimiento. ¿Cuál es su objeto al hacer postura? Es el de que el inmueble llegue á su verdadero valor con el fin de poder gozar de su derecho de preferencia en el precio, y este derecho no lo puede ejercer más que si su inscripción está conservada; si ha caducado ya no está considerado más que como acreedor quirografario y, como tal, no tiene ningún derecho hipotecario. Los demás acreedores podrán aprovechar de su postura prosiguiendo la venta; en efecto, es de principio (art. 120; Código Civil, art. 2190) que la postura hecha por uno de los acreedores aprovecha á los demás; volveremos á este punto.

La jurisprudencia francesa está en este sentido. (2) Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica que decide terminantemente que el acreedor cuyo título estaba inscripto cuando la postura puede continuar el procedimiento aunque su inscripción llegara á caducar. (3) La decisión ha sido criticada (4) y nos parece también que le falta la exactitud que distingue á la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte. La Corte sienta en principio que la inscrip-

1 Lieja, 7 de Julio de 1817 (Pasierisia, 1817, p. 153). En sentido contrario, Martou, t. IV, p. 126, núm. 1453.

2 Véanse las sentencias citadas por Martou, t. IV, p. 128, núm. 1454. Compárese Pont, t. II, p. 609, núm. 1341.

3 Denegada, 13 de Enero de 1848 (Pasierisia, 1848, I, 259).

4 Martou, t. IV, p. 127, núm. 1454.

ción está principalmente requerida para asegurar el derecho de preferencia. Esto es demasiado absoluto; sin duda el objeto principal de la hipoteca y, por consiguiente, de la inscripción es dar y conservar al acreedor un derecho de preferencia; pero este derecho se ejerce de diversas maneras, según que el inmueble está en poder del deudor ó en poder de un tercero detentor, y según que este detentor purga ó no purga. La ley subordina el derecho de prosecución á la inscripción (art. 96; Código Civil, art. 2166); es decir, que el derecho hipotecario contra tercero sólo puede ejercerse cuando la hipoteca está inscripta, y en caso de purga el acreedor hipotecario ejerce su derecho por postura; luego es necesario que su título esté inscripto en el momento en que se trata, no sólo en el momento en que se requiere el remate sino hasta que la purga esté consumada por la venta y por la distribución del precio á los acreedores inscriptos. La Corte de Casación dice que la ley no exige otra condición para la validez de la puja que la inscripción del título; esto es agregar al texto de la ley: el hacer depender la eficacia de la postura de la no perención de la inscripción. La objeción nos sorprende. ¿Acaso el remate está cumplido en el momento en que el acreedor lo notifica á las partes interesadas? Nó, seguramente; el remate marca una nueva faz en el procedimiento de la purga; consiste en el ejercicio de la acción hipotecaria y tiende á la venta forzada del inmueble contra el tercero detentor. ¿Puede un acreedor hipotecario expropiar al tercero detentor sin que su título esté inscripto? Es de principio que el acreedor debe renovar su inscripción hasta la adjudicación; luego si la deja caducar durante el curso del procedimiento, pierde su derecho hipotecario (núm. 142). Esto no es agregar á la ley, es aplicarla. La Corte objeta que en la opinión que sostenemos se confunde el efecto de las inscripciones en cuanto al ejercicio del derecho de preferencia con el



ejercicio del derecho de postura; este derecho último, dice la Corte, no está sujeto, según el texto de la ley, más que á una condición: la existencia de una inscripción en el momento del pedimento del acreedor. La respuesta es sencilla y nos parece perentoria; es que la Corte divide lo que es indivisible: el ejercicio de la acción hipotecaria; esta comienza por la postura, se prosigue durante el procedimiento de expropiación y termina por la adjudicación y el pago del precio; es decir, por el ejercicio del derecho de preferencia; toda prosecución es, pues, el ejercicio de un solo y mismo derecho: del derecho hipotecario. ¿Se concibe que este derecho que la ley subordina á la inscripción pueda ejercerse cuando la inscripción no existe ya?

490. La ley dice que todo acreedor cuyo título está inscripto puede rematar. Intencionalmente se sirve de esa expresión general; si hubiera dicho que los acreedores tienen el derecho de pujar en el remate el tercer adquirente pretendería que los acreedores no tienen ese derecho más que cuando están interesados en ello, y podría suceder que el remate no tuviera ninguna utilidad para el que lo verificó; tal sería el caso en que el acreedor no pudiera entrar al orden útil apesar del remate porque el inmueble está gravado con cargos hipotecarios mucho más allá de su valor. Si el remate no aprovecha al que lo ha provocado aprovechará á los demás acreedores que según el ofrecimiento del adquirente no hubieran recibido más que un pago parcial.

¿Se debería ir más lejos y decir que el remate sería válido cuando fuera evidentemente inútil, siendo la cantidad ofrecida por el nuevo propietario suficiente para desinteresarse á todos los acreedores? Se enseña así; (1) nos repugna admitir un derecho que estuviera en oposición con la esencia del remate. ¿Por qué lo organiza la ley? Da á los acree-

1 Martou, t. IV, p. 167, núm. 1520. Pont, t. II, p. 608, núm. 1339, según Dalloz, en la palabra Remate, núm. 51. Aubry y Rau, t. III, p. 525, nota 59, pfo. 294.

dores el derecho de rematar á título de garantía contra las ofertas insuficientes del tercer adquirente que purga. Si son suficientes el remate no tiene razón de ser. ¿A qué conduciría ese remate? A despojar al tercer adquirente cuando los que lo despojaron podrían ser desinteresados sin recurrir á la venta forzada. Esto sería una expropiación hecha sin razón, por capricho ó para despojar al tercer adquirente y reemplazarlo. Todo eso es inadmisibile. En vano se dice que la ley deja á cada acreedor el cuidado de apreciar el interés que pueda tener en ejercer el remate. Contestaremos que la ley supone que tiene un interés, porque toda garantía implica un interés que resguardar y se confiesa que los acreedores no tienen interés. Las sentencias que se citan no dicen lo que se las hace decir; suponen que el acreedor que remata no tiene interés; no dicen que todos los acreedores no tienen interés. (1)

491. La regla de que todo acreedor inscripto puede rematar tiene las excepciones que resultan de los principios generales. El que debe garantizar no puede despojar, y el remate conduce á la evicción del adquirente. De aquí se sigue que el vendedor no puede requerir el remate; obligado á garantizar al comprador contra la evicción no puede él mismo despojarlo. (2)

Pasaría lo mismo si el acreedor que rematara hubiera renunciado al derecho de rematar, lo que se puede hacer tácita ó expresamente. La renuncia sería tácita si el acreedor hubiera aprobado las condiciones de la venta y aceptado, por consiguiente, como suficiente el precio que el comprador se obliga á pagar; habría contradicción en rematar por motivo de que el precio era insuficiente cuando el acreedor lo había de antemano aceptado como suficiente. ¿Cuán-

1 Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Remate, núm. 51.

2 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. II, p. 613, nota 3, núm. 1346, y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 524, nota 56, pfo. 294.



do se puede admitir que el acreedor aprueba el precio y lo acepta? Muchas veces hemos contestado á una pregunta análoga; la dificultad es de hecho y no de derecho. Los autores dicen que el concurso del acreedor en la venta implica renuncia al derecho de rematar. (1) En nuestro concepto la decisión es demasiado absoluta, es una cuestión de intención; luego la decisión depende de las circunstancias de la causa. Las renunciaciones son siempre de la más estricta interpretación; se necesita, pues, que el concurso del acreedor en el contrato de venta no pueda recibir otra interpretación que la de su voluntad de renunciar. Es inútil discutir las especies, todo en esta materia depende de las circunstancias de la causa. (2)

492. ¿El acreedor á plazo ó condición puede rematar? En cuanto al acreedor á plazo la afirmativa es segura: es acreedor; puede, pues, ejercer todos los derechos ligados á su crédito, salvo que no tenga el derecho de exigir el pago si se estipuló el plazo en favor del deudor. Y el que remata no pide el pago, únicamente vigila que todo valor del inmueble se le pague cuando venza su crédito. En ese sentido el remate es un acto conservatorio; á ese título el acreedor condicional puede ejercerlo. Se objeta que la condición suspende la existencia de la obligación. Esto es verdad para los actos que constituyen la ejecución de la obligación, no para los actos conservatorios, puesto que la ley permite al acreedor condicional hacerlo (art. 1186); y rematar es, en cierto sentido, un acto de conservación, puesto que es una garantía que la ley da al acreedor para resguardar sus intereses; rematando el acreedor conserva su derecho á la integridad del valor del inmueble, valor al que tiene derecho en virtud de su hipoteca. (3)

1 Pont, t. II, p. 611, núm. 1345 y nota 4. Aubry y Rau, t. III, p. 524, nota 57, pfo. 294 y las autoridades que citan.

2 Véanse las sentencias citadas por Martou, t. IV, p. 565, núm. 1515.

3 Aubry y Rau, t. III, p. 524, pfo. 294.

493. Todo acreedor inscripto puede rematar, ya sea por sí ya por un mandatario. El núm. 4 del art. 115 (Código Civil, art. 2185) quiere que el poder sea expreso, y conforme al art. 1988 el mandato debe ser expreso cuando se trata de un acto de disposición, mientras que un mandato general basta para los actos de administración. Lo que prueba que en el espíritu de la ley el remate está asimilado como hecho jurídico ó un acto de disposición. Volveremos á este punto. ¿Cuándo es expreso el poder? Esta es una cuestión de interpretación, luego la decisión depende de la apreciación del juez. (1)

¿Se necesita que el mandato sea auténtico? El art. 115 (Código Civil, art. 2185) lo supone, puesto que quiere que el mandatario que firma los instructivos por los que se notifica el remate á las partes interesadas dé copia del poder, y sólo se da copia de las actas auténticas. Tal es por otra parte el espíritu de nuestra Ley Hipotecaria; en todos los casos en que un mandatario interviene en una acta auténtica prescribe también la autenticidad del poder (artículos 2, 76 y 92). Y el remate se debe notificar por acta del diligenciarario; es, pues, una acta solemne y, por consecuencia, la voluntad del acreedor que remata se debe hacer constar en la forma auténtica.

494. Los cesionarios y los terceros subrogados á los derechos del acreedor hipotecario tienen el derecho de rematar, puesto que ejercen todos los derechos del que les ha cedido su crédito ó que los ha subrogado. Se necesita, conforme á la ley belga, que la cesión ó la subrogación sean auténticas y públicas por vía de inscripción. En efecto, la cesión de un crédito hipotecario y la subrogación á un derecho semejante no se pueden oponer á los terceros más que bajo esas condiciones (art. 5), y los adquirentes contra los

1 Véanse las sentencias citadas y discutidas por Martou, t. IV, p. 139, número 1460.



que el cesionario ó el subrogado requieren el remate son terceros; el nombre especial que los designa es el de *terceros detentores* (art. 97; Código Civil, art. 2167). El art. 5 de la ley debe, pues, recibir su aplicación. (1)

Se le aplica también á los prestanombres cesionarios en apariencia aunque sólo sean mandatarios con respecto al propietario del crédito. Pudiéndose solo oponer el acta aparente á los terceros se sigue que se les considera como propietarios y ejercen todos los derechos de la propiedad; luego pueden rematar. Esto supone que la cesión hecha al prestanombre no es fraudulenta; es decir, que no tiene más objeto que el de no hacer figurar al mandante en el procedimiento de la purga. Si la simulación tuvo por objeto defraudar la ley dando poder al prestanombre de rematar en nombre de un mandante que no tuviera ese derecho el tercer adquirente podría pedir la nulidad del remate; el fraude hace excepción á todas las reglas en el sentido de que la ley permite siempre pedir la nulidad de los actos hechos en fraude de esas disposiciones. (2)

495. ¿Puede el caucionante rematar? En su calidad de caucionante no tiene ese derecho, puesto que no es acreedor inscripto como lo quiere la ley; el caucionante no puede, pues, ser admitido á rematar sino en virtud de la subrogación que le concede la ley cuando ha pagado. De aquí se sigue que mientras que no ha pagado no puede rematar. (3)

496. Los acreedores quirografarios pueden ejercer el derecho de rematar en nombre de su deudor. Esta es la aplicación del derecho común. Nos trasladamos en cuanto al principio al título *De las Obligaciones*.

497. El ejercicio del derecho de rematar por personas

1 Martou enseña que los cesionarios pueden rematar antes de ser embargados con respecto á los terceros (Martou, t. I, núm. 205).

2 Martou, t. IV, p. 130, núm. 1461 y las sentencias que cita.

3 Grenoble, 8 de Julio de 1834 (Dalloz, en la palabra Puja, núm. 60).

que tienen ese derecho supone que se ha notificado á los acreedores hipotecarios. Si se omitiera un acreedor en el certificado que el conservador da al tercero que purga esa omisión no impediría al acreedor omitido rematar justificando su derecho. Esta es la disposición de la ley belga (art. 129), de la que volveremos á tratar en el capítulo que trata de la responsabilidad del conservador.

*Núm. 2. De la capacidad requerida para rematar.*

498. Hay una gran incertidumbre en este asunto en la doctrina y en la jurisprudencia; no se entienden con el principio y, por tanto, deben estar desacordes en la aplicación. La dificultad es saber cuál es la naturaleza del acto por el cual un acreedor requiere el remate público del inmueble: ¿es un acto de conservación, de administración, ó es un acto de propiedad? Dijimos ya en qué sentido el remate es un acto conservatorio; tiende á hacer eficaz y, en este sentido, conservar la garantía hipotecaria; pero de esto no se sigue que rematar sea un acto de conservación en el sentido propio de la palabra. Se entiende por actos conservatorios los que son necesariamente provechosos á los que los hacen y que nunca pueden perjudicarles; la consecuencia que resulta es que los incapaces pueden hacer actos de conservación. Tal es la inscripción hipotecaria (t. XXX, números 303 y 400). Un acto conservatorio implica, pues, que el que lo hace no contrae ninguna obligación, pues los incapaces no pueden obligarse; hé aquí por qué los menores y las mujeres casadas pueden requerir la inscripción de la hipoteca que les da la ley. No es ese, seguramente, el remate, porque el requirente se debe comprometer á subir el precio á un vigésimo más de lo que el nuevo propietario ha ofrecido á los acreedores. Esto es decisivo.

¿Es un simple acto de administración el remate? Esta es