

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

una opinión generalmente admitida. (1) La Corte de Casación la ha desechado, y creemos que con razón. Desde luego rematar es ejercer un derecho inmobiliario, puesto que el derecho de rematar sólo pertenece á los acreedores hipotecarios cuyo título está inscripto, y el ejercicio de una acción inmobiliaria sobrepasa los límites del poder de administración. El tutor administra los derechos del pupilo; sin embargo, no puede introducir una acción judicial relativa á los derechos inmobiliarios del menor (art. 464). Se objeta que rematar no es más que una promesa de comprar, y comprar es un acto de administración y rematar uno de buena gerencia, puesto que ofreciendo comprar el requirente conserva al mismo tiempo su crédito si al inmueble hipotecado se le da un valor mayor que el declarado por el nuevo propietario. Contestaremos que por lo mismo el remate es un acto aleatorio; si la postura del acreedor está cubierta por una mayor está relevado de su promesa, pero si no se presenta postor estará obligado á cumplir con su compromiso; declarado adjudicatario deberá pagar su precio, que tal vez sobrepase á sus circunstancias; si no puede pagar se le perseguirá como postor temerario. Esto no es una adquisición inmobiliaria tal como ordinariamente se hace; el acreedor se hace adquirente sin haber tenido la intención de adquirir el inmueble y únicamente para salvar su crédito, pero no lo salva más que contrayendo una nueva obligación que tal vez le fuera más onerosa. ¿No es esto un acto de administración? (2)

¿Si el remate no es un acto de administración se debe concluir que es un acto de disposición ó de propiedad? En general se clasifican los actos que una persona incapaz ó un

1 Martou, t. IV, p. 160, núm. 1512.

2 Denegada, 16 de Diciembre de 1840 (Dalloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 2564). Riom, 6 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 5, 455). Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 565, nota 61, pfo. 294; Pont, t. II, p. 610, núm. 1342.

administrador pueden hacer como actos de disposición y de administración. Así se dice del menor que trata sin la autorización de su tutor que puede atacar, por causa de lesión, los actos de administración que hace, mientras que no puede atacar los actos de disposición más que por acción de nulidad. La ley establece esa distinción muy claramente cuando se trata del poder de un mandatario ó de un administrador: «El mandato concebido en términos generales no abraza más que los actos de administración. Si se trata de enajenar, hipotecar ó algún otro acto de propiedad el mandato debe ser expreso» (art. 1988). Y la ley, al hablar del remate, exige un *mandato expreso* si el acreedor lo quiere ejercer por un mandatario (art. 115, núm. 4; Código Civil, art. 2185, 4.º) Lo que nos parece decisivo. En vano se objetaría que el acreedor que remata no dispone de nada, que sólo se hace adjudicatario eventual; hemos contestado de antemano á la cuestión; el remate es un acto muy peligroso, precisamente en razón de las eventualidades que lo acompañan, y á causa de esos peligros es un acto que pasa del poder de administración; de aquí la consecuencia legal de que es un acto de disposición. Ya hemos observado que en materia de hipotecas la ley es más rigurosa que en los casos ordinarios. Así el tercero detentor que abandona no dispone de nada, abdica únicamente la detención del inmueble, del que conservaba la propiedad y la posesión, y, sin embargo, la ley exige que tenga la capacidad de enajenar para que la cesión sea válida. Nuestra conclusión es que el remate es un acto de disposición; legalmente hablando es un acto que la ley asimila á uno de disposición.

499. Las aplicaciones presentan nuevas dudas. Comenzaremos por los administradores; es sólo respecto á ellos como la cuestión se presenta en la práctica. ¿Puede el tutor rematar sin autorización ni homologación? Si se admite nuestro principio la negativa es cierta; pero la opinión que

acabamos de enunciar está aislada ó poco menos. Grenier es el único autor que exige una autorización del consejo de familia y una homologación del tribunal; aun los motivos que da son poco jurídicos, son consideraciones que corresponden al legislador más que al intérprete. Aubry y Rau se conforman con la autorización del consejo fundándose en la naturaleza inmobiliar de la acción hipotecaria. Esto sería muy justo si el remate fuera el simple ejercicio de la acción hipotecaria; es, á decir verdad, un acto de naturaleza especial que el legislador hubiera debido colocar en una de las categorías de los actos que permite al tutor hacer con ciertas formalidades; en el silencio de la ley se debe uno atener á la única indicación que nos ministran los textos: la del art. 115, núm. 4 (Codigo Civil, art. 2185, 4.º) Hay autores que permiten al tutor rematar sin ninguna autorización, considerando el remate como un acto de administración. (1)

La jurisprudencia está dividida. Hay sentencias que permiten al tutor rematar porque ninguna ley le prohíbe rematar para su pupilo. (2) Otras dicen que porque es una acción mobiliaria, (3) mientras que la Corte de Rouen exige una autorización del consejo de familia en razón de que el remate es una acción inmobiliar. (4) De este modo no se está de acuerdo ni acerca de la naturaleza de la acción que el acreedor ejerce. El derecho cuyo ejercicio persigue es, seguramente, mobiliario, puesto que es un crédito; pero no persigue el pago por la acción hipotecaria; luego su acción es inmobiliar, y desde que la acción es inmobiliar ya no se puede asimilar el remate á un acto de administración. Es, en verdad, una promesa de compra; pero esa promesa está

1 Grenier, t. II, p. 222, núm. 459. Aubry y Rau, t. III, p. 526, nota 66, párrafo 294. Compárense Martou y Pont, en los pasajes citados, p. 462, notas 1 y 2.

2 Rouen, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 201).

3 Bourges, 2 de Abril de 1852 (Dalloz, 1855, 2, 110).

4 Riom, 6 de Diciembre de 1865 [Dalloz, 1866, 5, 454].

rodeada de tantas malas suertes que ya no puede verse en ella un simple acto de adquisición.

500. ¿El marido, administrador legal, puede hacer postura? La Corte de Casación exige el consentimiento de la mujer. Los autores están divididos; unos dicen que la mujer no tiene que intervenir, puesto que el marido es quien administra sus bienes y quien está encargado de cuidar sus intereses; otros consideran la acción del marido como inmobiliar y le niegan el derecho de puja bajo el régimen de la comunidad mientras se lo conceden bajo el régimen dotal. (1) En nuestra opinión se entiende que la mujer puede hacer postura con autorización marital. De modo que hay tantas opiniones como autores. La cuestión es, sin embargo, menos dudosa para la mujer que para el tutor. Los poderes de éste, ó si se quiere su incapacidad, varían según la naturaleza de los actos que está llamado á hacer: algunas veces gira solo, otras necesita la autorización del consejo de familia, á veces esta autorización tiene que ser homologada y otras la ley exige, además, formalidades especiales; en presencia de estas distinciones es difícil clasificar la postura; el legislador hubiera debido hacerlo. No sucede lo mismo con el marido; éste administra sin ninguna formalidad, y desde que un acto no es de administración no tiene poder. Y el ejercicio de una acción inmobiliar no es un acto de administración en la teoría del Código Civil; la ley, por excepción, permite al marido, bajo el régimen dotal, ejercer los derechos inmobiliarios de la mujer; no se lo permite bajo el régimen de la comunidad. Esto nos parece decisivo. Hay que añadir que la postura, aunque conduzca á adquirir un inmueble para la mujer, puede difícilmente ser asimilada á un acto de administración. El reemplazo que el marido hace para la mujer es también una adquisición

1 Martou, t. IV, p. 163, núm. 1513. Aubry y Rau, t. III, p. 526, notas 68 y 69, pfo. 294.

de inmueble; sin embargo, la ley exige el consentimiento de la mujer; con mayor razón debe exigirlo cuando se trata de una adquisición tan anormal y tan azarosa como la que sigue á la postura.

501. En cuanto á los incapaces hay nuevas incertidumbres. Se enseña que los menores emancipados y los pródigos pueden hacer posturas con asistencia de su curador ó de su consejo. (1) Para los pródigos y los débiles de espíritu esto no es dudoso, puesto que pueden enajenar é hipotecar cuando estén asistidos. En la opinión que asimila la puja á un acto de administración se debería permitir á estos incapaces pujar sin ninguna asistencia. Para el menor emancipado hay un texto muy restrictivo: es el art. 484 el que les prohíbe hacer ningún acto, excepto los de pura administración, sin observar las formas que la ley prescribe para los menores no emancipados. Y según lo que acabamos de decir nos parece imposible asimilar la postura á un acto de pura administración lo que es decisivo.

En cuanto á la mujer casada; se entiende que no puede hacer postura sin autorización marital, puesto que la puja implica una obligación, y una obligación muy peligrosa; y la mujer no puede obligarse sin autorización marital. Sólo hay duda cuando la mujer tiene, en virtud de su contrato de matrimonio, la libre administración de sus bienes. Se enseña y se juzga que la mujer separada no puede pujar más que con autorización de su marido. (2) Esto es muy inconsecuente si se admite que pujar es un acto de administración, puesto que la mujer separada tiene la libre administración de sus bienes. En nuestra opinión es seguro que la mujer separada no puede hacer postura sin autorización, puesto que la postura es asimilada por la ley á un acto de disposición.

1 Pont, t. II, p. 610, núm. 1344. Aubry y Rau, t. III, p. 526, pfo. 294.

2 Martou, t. III, p. 161, núm. 1513. Pont, t. II, p. 610, núm. 1344. Comparense Aubry y Rau, t. III, p. 525, nota 62, pfo. 294.

Se presenta otra dificultad para la mujer comunera que obtiene la separación de bienes por sentencia. Se admite generalmente que la sentencia que pronuncia la separación autoriza á la mujer á hacer todos los actos de ejecución sin que tenga necesidad de la autorización marital, y se aplica este principio á la postura que la mujer hace en un inmueble vendido por su marido, pues, se dice, la postura tiene por objeto ejercer sus derechos de devolución. (1) Martou critica la opinión general, y con razón. Si la mujer puede hacer sin autorización los actos de ejecución es porque el juez la autoriza implícitamente, puesto que la misma ley le hace un deber de comenzar la ejecución en los quince días. Pero hacer postura no es, seguramente, un acto de ejecución tal como, sin embargo, es el ejercicio de la acción hipotecaria de la mujer, y es un acto que le puede ser útil, pero también perjudicial. La postura queda, pues, bajo el imperio del derecho común.

502. Queda una última dificultad en esta materia, que es difícil porque el legislador descuidó de fijarla. Cuando un incapaz hace una postura el acto es nulo según el derecho común. ¿Quién puede prevalecerse de la nulidad? Creemos que debe aplicarse el art. 1125, según el cual el menor y la mujer casada pueden solos atacar sus compromisos por causa de incapacidad en los casos previstos por la ley; los que contratan con ellos no lo pueden; el tercer adquirente no podría, pues, prevalecerse de la incapacidad del acreedor para pedir la nulidad de la postura. La jurisprudencia está en este sentido y la solución no nos parece dudosa. (2) En efecto, hacer postura es ofrecer comprar, y la promesa se convierte en venta si la postura no está cubierta por otra.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 525, nota 62, pfo. 294 y las autoridades que citan. En sentido contrario, Martou, t. IV, p. 162, núm. 1513.

2 Grenoble, 11 de Junio de 1825 [Dalloz, en la palabra Remate, núm. 66]. Denegada, 14 de Junio de 1843 [Dalloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 1997].

Se está, pues, en los términos del art. 1125. Se aplica el mismo principio al caso en que el tutor hubiere pujado sin autorización del consejo de familia; sin embargo, en este punto hay controversia y duda. El texto del art. 1125 no es ya aplicable, puesto que el tutor no es un incapaz, pero el menor es incapaz, y es por razón de su incapacidad por lo que está representado por su tutor y por lo que éste debe observar bien las formas cuyo objeto es garantizar los intereses del incapaz; cuando, pues, el acto hecho por el tutor es atacado por vicio de formas lo está en realidad por incapacidad, lo que permite aplicar el art. 1125.

Pero de que el tercero no puede pedir la nulidad de la postura hecha irregularmente por el tutor no debe concluirse que el tercer adquirente que purga no tiene derecho cuando el tutor procede á la venta en virtud de una postura que no tenía el derecho de consentir. El tutor se encuentra sin calidad en este caso para proceder á la venta, y el tercer adquirente puede oponer á aquel que lo quiere despojar el estar sin calidad para obrar. Nadie, dice Troplong, está obligado á contestar una demanda formada contra un incapaz. (1) Y bajo el imperio del Código la postura era seguida de un procedimiento judicial, puesto que la adjudicación se hacía judicialmente.

Esto hace surgir una nueva cuestión. El tercer adquirente opone al requirente la falta de calidad. ¿Podrá éste regularizar su posición llenando la formalidad prescripta; por ejemplo, el tutor que se hace autorizar por el consejo de familia? Es seguro que si se encuentra aún en el plazo de cuarenta días que la ley concede á los acreedores para hacer posturas el requirente puede regularizar su demanda, pues tendría derecho á hacer una nueva postura. Se admite aún que después de este plazo el procedimiento puede

1 Troplong, t. IV, p. 455, y todos los autores.

aún ser regularizado. (1) En la opinión que hemos enseñado acerca de la autorización marital (tomo III, números 166-168) esto no es dudoso. Aquel que está llamado á consentir puede también aprobar, y desde que aprueba la incapacidad queda cubierta y el vicio que tenía el acta queda purgado.

*Núm. 4. ¿En qué plazo debe hacerse la postura?*

503. Según el art. 115 (Código Civil, art. 2185) la postura debe hacerse «en los cuarenta días á más tardar de la notificación hecha á los acreedores por el nuevo propietario.» Los términos de la ley implican que el plazo es de rigor, de modo que después de este plazo los acreedores no pueden ya purgar. Además, el art. 115 (Código Civil, artículo 2185) agrega en el final: «todo bajo pena de nulidad.» Luego el plazo también está prescripto bajo pena de nulidad. El espíritu de la ley no deja ninguna duda. Es para afianzar la propiedad en manos del adquirente por lo que la ley ha organizado la purga; es, pues, necesario que el procedimiento esté activado, si no prolongaría la incertidumbre de la propiedad, pues mientras que los acreedores no han resuelto acerca de las posturas el derecho de propiedad del tercero detentor es inseguro. Esta es la opinión unánime. (2)

504. La ley dice que el plazo de cuarenta días comienza á correr desde la notificación que el nuevo propietario hace para declarar á los acreedores que les ofrece su precio (art. 115). Esta notificación se dirige á cada acreedor individualmente; síguese de esto que el plazo de cuarenta días es también un plazo individual en el sentido de que corre

1 Martou, t. IV, p. 164, núm. 1514. Aubry y Rau, t. III, ps. 525 y siguientes y nota 63 y las autoridades que citan.

2 Martou, t. IV, p. 160, núm. 1510. Pont, t. II, p. 618, núm. 1354. Casación, 15 de Marzo de 1837 (Dalloz, en la palabra Postura, núm. 104, 2.º)