

se sin el concurso de nadie. Debe, pues, verse por interés de quién prescribió la ley las formalidades de la postura. Es, desde luego, en favor del nuevo propietario; es verdad que es en su interés por lo que la ley exige una postura de un vigésimo, y es igualmente evidente que la postura está dirigida contra él; tiende á expropiarlo, tiene derecho é interés en mantener su título contra quien lo ataca. Esta es la razón por la que la ley quiere que la postura esté notificada al tercer adquirente. La misma notificación, dice el art. 115 (Código Civil, art. 2185), debe hacerse al precedente propietario y al deudor principal; esto está prescripto bajo pena de nulidad. La postura, en efecto, los expone á recursos; tienen, por esto mismo, el derecho y el interés de contestar su validez. ¿Lo pueden cuando se trata de una formalidad que no fué establecida en interés del que promueve la nulidad? Esta es una nueva dificultad. Aquí interviene el principio de la indivisibilidad que la doctrina y la jurisprudencia admiten. La postura está sometida á una serie de formalidades, todas prescriptas bajo pena de nulidad. ¿Se puede dividir las en el sentido de que se distinguieran las formalidades exigidas en interés del adquirente y las que están establecidas en interés del precedente propietario ó del deudor principal? Esto sería distinguir donde no distingue la ley. Esta quiere que el requerimiento, en su conjunto, esté conforme á sus prescripciones; es este requerimiento, válido en todas sus partes, el que debe notificarse á las partes interesadas; la consecuencia es que cada uno puede prevalecerse de la inobservancia de una formalidad cualquiera prescripta para la validez del acta. Así lo que se llama indivisibilidad de la postura no es más que la aplicación del principio que prohíbe al intérprete introducir en la ley distinciones arbitrarias. El adquirente puede, pues, prevalecerse de una causa de nulidad que se encuentre en

el acta que le fué notificada y recíprocamente. (1) Esta última nos parece excesiva; hacemos constar la opinión general sin discutirla, porque la materia es de procedimientos.

536. ¿Cuál es el efecto de la anulación de la postura? Es, desde luego, el efecto de toda nulidad: la postura está considerada como si no hubiera sido hecha. Pero nada impide que el acreedor cuya postura fué anulada haga una nueva. La nulidad no es un decaimiento, procede del no cumplimiento de las formas prescriptas por la ley. Libre el acreedor al renovar las formalidades conformándose á la ley sólo hay una condición requerida: es la de que se encuentre aún en el plazo de cuarenta días, después de cuyo vencimiento la postura no puede ya ser admitida. Por identidad de razones los demás acreedores pueden hacer una postura bajo las mismas condiciones. (2)

*Núm. 10. De la puesta en venta.*

537. La requisición del acreedor postor tiende á llevar el inmueble á subasta pública. ¿Quién puede perseguir la venta? El Código Civil (art. 2187) decía que la reventa tendría lugar á pedimento del acreedor que la requiriera ó del nuevo propietario. Aunque nuestra Ley Hipotecaria no reproduzca esa disposición es cierto que siempre debe recibir su aplicación. En cuanto al acreedor postor no se necesita decir que á él le corresponde hacer las diligencias necesarias para la reventa, puesto que él la requirió y se comprometió á llevar el precio del inmueble á un vigésimo más del valor ofrecido por el nuevo propietario. Este también tiene interés y derecho en perseguir la venta; el remate lo amenaza despojar. En fin, todo acreedor inscrip-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 531 y nota 94, pfo. 294. Martou, t. IV, p. 125, núm. 1450.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 531, nota 95.  
P. d. D. TOMO XXXI—69

to se puede hacer subrogar á la persecución si el postor descuidara promover. El remate es un negocio común; aprovecha á todos los acreedores; cada uno de ellos debe, pues, tener el derecho de darle prosecución, sin la cual estarían privados del beneficio del remate y su derecho perecería cuando la ley quiere resguardarlo. Este derecho fué consagrado en Bélgica por la ley de 15 de Agosto de 1854 (artículo 97) y en Francia por la de 2 de Junio de 1841 (artículo 833 del Código de Procedimientos revisado).

538. El remate tiende á la reventa del inmueble. Hasta que tenga lugar la adjudicación el tercero detentor queda propietario; se persigue contra él la reventa, es su cosa la que se pone á remate. Acerca de este punto todos están de acuerdo, aun la jurisprudencia, que admite que la propiedad del tercer adquirente se resuelve por la adjudicación; (1) volveremos á esta opinión que la doctrina rechaza por lo general. Aunque se le admitiera queda verdad decir que el tercer adquirente conserva todos sus derechos, como todo propietario, bajo condición resolutoria. ¿Cuáles son esos derechos.

539. ¿Puede el tercero detentor impedir la reventa desinteresando á los acreedores? Ese derecho no es dudoso. El remate del inmueble es el ejercicio de la acción hipotecaria de los acreedores inscriptos; tiende á la enajenación del inmueble que es su prenda y á la distribución del precio en el orden de las inscripciones, y el tercer adquirente les ofrece el pago de lo que se les debe sin que tengan que reportar ningún gasto. Se trata, recuérdese, de ofertas reales hechas al contado; una oferta semejante da á los acreedores lo que piden, no tienen ni interés ni derecho á rechazarla. Es verdad que la ley no lo dice, como lo hace con el tercero detentor que cede (art. 101; Código Civil, artículo 2175), pues era inútil que lo dijera. El tercer adquirente

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 533, nota 103, pfo. 294.

puede, en caso de necesidad, invocar el principio general que permite á todo tercero no interesado pagar la deuda del deudor (art. 1236); y está interesado en ello, puesto que es el medio de conservar la propiedad del inmueble. Se podría objetar que comenzó por ofrecer su precio, ¿pero qué importa? Ha usado de un derecho al ofrecer su precio; si no aceptan los acreedores su oferta puede usar de otro derecho que tiene igualmente por la ley y que está interesado en ejercer. (1)

540. Otra consecuencia del mismo principio es que el inmueble perece y se deteriora para el tercero detentor. Se debe aplicar lo que hemos dicho de la cesión (núm. 297) La situación es idéntica. Es un tercero detentor el que está perseguido hipotecariamente; apesar de esa promoción queda propietario; por tanto, la cosa perece para él en el sentido de que no podrá recurrir á la garantía por causa de evicción, porque no está despojado ó que su recurso estará disminuido por la pérdida parcial. La Corte de Casación consagró ese principio fundándose en el carácter de la propiedad del tercer adquirente sujeta, conforme á su doctrina, á una condición resolutoria; y el propietario bajo condición resolutoria sufre el caso fortuito. (2) Aceptamos la decisión, pero repudiamos el motivo; la condición resolutoria imaginada por la jurisprudencia no tiene ningún fundamento, ni en los textos, ni en los principios, como lo diremos más adelante.

541. En los términos del art 117 la reventa tiene lugar según las formas establecidas por el Código de Procedimientos Civiles. Se estuvo de acuerdo, cuando la discusión de la Ley Hipotecaria en la Cámara de Representantes, en que dichas formas se debían modificar; y atendiendo que el

1 Denegada, 3 de Febrero de 1808; Orleáns, 26 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra Remate, núms. 266 y 264, 2. °) Aubry y Rau, t. III, p. 533 y nota 104, pfo. 294.

2 Casación, 12 de Febrero de 1828. (Daloz, en la palabra Remate, núm. 270).

Código de Procedimientos fué revisado se insertaron entre las disposiciones transitorias los arts. 13 y 14, conforme á los cuales la reventa no debía hacerse judicialmente sino en las formas sencillas de la ley de 12 de Junio de 1816. La ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada arregló definitivamente esa materia disponiendo que la venta se haría ante un notario comisionado por la sentencia que admite al caucionante.

542. El tercero detentor puede hacerse adjudicatario. En ese caso nace la cuestión de saber si debe transcribir el acta de adjudicación. El art. 119 decide la dificultad en estos términos: «El adquirente ó el donatario que conserva el inmueble del remate presentándose como último postor no está obligado á transcribir la sentencia de adjudicación.» Se podría haber dicho que el acta de adjudicación es una acta translativa de propiedad y que, por tanto, há lugar á transcribirla en virtud de la disposición general del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria. Se contesta que la adjudicación no hace más que confirmar (1) la primera adquisición; siempre sucede que hay dos actas translativas de propiedad y que sólo es en virtud de la segunda por lo que el tercero detentor queda propietario; había, pues, una duda y el legislador hizo bien de aclararla. Se concibe por lo demás que sea inútil anunciar á los terceros que el adquirente quedó propietario cuando ya su derecho de propiedad se había hecho público por la transcripción de la primera acta. En definitiva, no hay mutación de propiedad, y es sólo en caso de mutación cuando es necesaria la transcripción.

El art. 119 habla erróneamente de la *sentencia* de adjudicación, puesto que en virtud de las disposiciones transitorias que acabamos de recordar (núm. 541) la adjudicación se hace ante notario, y esas disposiciones hoy son definiti-

1 Martou, t. IV, p. 285, núm. 1545. Pont, t. II, p. 635, núm. 1388.

vas. Aun hay otra incorrección en el art. 119. La ley sólo menciona al *adquirente* y al *donatario*, y es seguro que se aplica á todo tercero detentor, á cualquier título que se haya hecho propietario.

543. El art. 121 (Código Civil, art. 2191) se refiere también al tercero detentor que se hace adjudicatario. «Tiene de derecho recurso contra el vendedor para el reembolso de lo que exceda al precio estipulado en su título, y por interés de ese excedente, á contar desde el día de cada pago.» Esta es la aplicación de los principios que rigen la garantía. Al tercer adquirente, aunque quede propietario y que no haya dejado un instante de serlo, se le despoja, sin embargo, porque no conserva la cosa en virtud de su título primitivo; ese título no lo protegería contra la evicción, puesto que el detentor de un inmueble hipotecado estaba sujeto á la evicción por la misma consecuencia de su adquisición, y la reventa en el remate realmente lo habría despojado si no se hubiera hecho adjudicatario. Estando despojado tiene una acción en garantía que le da derecho á los daños y perjuicios. Puede repetir la parte del precio que excede á lo que se había obligado á pagar al vendedor y además el interés de ese excedente contándose desde el día de cada pago; la privación del goce es para él un perjuicio que sufre por la evicción legal que ha sufrido; tiene, pues, derecho por ese punto á una reparación.

El art. 121 no habla más que del adquirente; entiende por esto todo adquirente á título oneroso que tenga derecho á la garantía. En cuanto á los donatarios y legatarios no tienen recurso en garantizar contra el donante ó contra los herederos deudores del legado; pero cuando pagan la deuda como detentores de un inmueble hipotecado pueden invocar la subrogación en virtud del art. 1251, que subroga los derechos de aquellos que pagan la deuda de un tercero

cuando están obligados con él ó por él. Traducimos á lo dicho acerca de la cesión (núm. 324).

544. El inmueble puede adjudicarse á un tercero. ¿Cuál es el efecto de esa adjudicación en lo relativo al tercero detentor despojado? ¿Se trata de saber si la evicción es una resolución de modo que se considere al adquirente no haber nunca sido propietario? La negativa es tan segura que cuesta trabajo comprender por qué la jurisprudencia no se ha pronunciado por la opinión contraria. No hay más condición resolutoria que la que las partes estipulan ó que la ley subentiende. El contrato en virtud del que el tercero adquirente posee ¿se ha hecho bajo condición resolutoria? Nó. ¿Sólo entiende la ley una condición resolutoria? Nó. Luego es una adquisición pura y simple y, por consecuencia, el tercero detentor es propietario desde que se hace la adjudicación. ¿En virtud de qué principio tendrá dicha adjudicación un efecto resolutorio? Es una venta forzada que hoy se hace ante un notario y que bajo el imperio del Código se hacía ante el juez. ¿Qué importan las formas? La adjudicación es esencialmente una venta, y ¿resuelve la venta los derechos del vendedor como si no hubieran existido nunca? La cuestión no tiene sentido. ¿Acaso tiene algo de particular la venta hecha á promoción de los acreedores hipotecarios? Cuando la persiguen directamente es una expropiación forzada. Y el Código Civil y la ley belga dicen terminantemente que la adjudicación deja subsistir las hipotecas consentidas por el tercero detentor; luego su derecho no está resuelto, como no lo está el derecho del que vende voluntariamente su cosa (art. 105; Código Civil, art. 2177). Lo que es verdad para la expropiación forzada ¿no lo sería para la venta en remate en caso de purga? En vano se buscaría una diferencia. En uno y en otro caso hay una venta á causa de la acción hipotecaria: ¿por qué en un caso tendría esta ven-

ta efecto resolutorio mientras que en el otro no resolvería el derecho del tercero adquirente?

Los motivos que la Corte de Casación da para justificar esa distinción son de extremada debilidad. (1) ¿Cómo sucedería de otro modo cuando la distinción es imaginaria? «El remate por enajenación voluntaria, dice la Corte, es una *protesta* contra el contrato de enajenación que los acreedores juzgan no haber realizado el valor de su prenda y que se niegan á *ratificar*.» ¡Una protesta! Si se preguntara á la Corte de Casación cuál es la ley ó principio que autoriza á los acreedores á *protestar* contra una enajenación perfectamente legítima? ¿Si se le preguntara en virtud de qué ley ó de qué principio los acreedores tienen el derecho de *ratificar* una venta que el deudor puede hacer sin su consentimiento y que el comprador puede consentir á pesar de ellos? ¿Se *ratifica* cuando no se tiene el derecho de *consentir*?

Hasta aquí sólo vemos palabras, disputas sin significado como sin fundamento jurídico. Continuemos: «Al formalizar un remate los acreedores lejos de *reconocer* la propiedad del tercero detentor se apegan directamente al título del que deriva para él.» No preguntaremos ya á la Corte de Casación en qué apoya el derecho imaginario que permite á los acreedores hipotecarios *reconocer* ó *atacar* la propiedad del tercero detentor: ¿le preguntaremos si es verdad que los acreedores que rematan atacan el título en virtud del cual el tercer adquirente se ha hecho propietario? Para que un *título* pueda ser *atacado* se necesita que esté *viciado*. ¿Cuál es el vicio de que adolece el título del nuevo propietario? ¿Qué vicio tiene el título del nuevo propietario? Es legatario, donatario, declara el valor de la cosa y la ofrece á los acreedores inscriptos; éstos la rechazan y requieren el remate del inmueble; es decir, persiguen

1 Véanse las sentencias de 12 de Noviembre de 1834, 28 de Marzo de 1843, 10 de Abril de 1848 y las demás sentencias citadas por Pont, t. II, p. 639, número 1395, nota 1; Aubry y Rau, t. III, p. 535, notas 109 y 110.

al tercero detentor en virtud de su derecho hipotecario. ¿Se llama á esto *atacar el título, donación ó testamento?* La cuestión no tiene sentido. Si es en virtud de una venta como el tercero detentor se convierte en propietario preguntaremos una vez más si los acreedores, al requerir el remate, entienden *atacar el título*. ¿Por qué punto lo atacarán? Porque el precio que en él se dice no representa el verdadero valor del inmueble. ¿Acaso un precio que los acreedores creen insuficiente vicia la venta? Si hubiera un vicio y si los acreedores *atacaran* el título deberían promover la nulidad: ¿proceden así? Requieren el remate del inmueble; lejos de atacar la venta la respetan; únicamente piden que la cosa se revenda, porque el ofrecimiento del tercero detentor no es suficiente, y tienen derecho, en virtud de su hipoteca, al valor total del inmueble.

No es así como la Corte de Casación lo entiende. «La acción de los acreedores, según ella, tiene por *objeto* y debe tener por resultado necesariamente hacer *decaer el título del tercero detentor* y de substituirlo en un nuevo contrato que pasará *sin intermediario* la propiedad de manos del *deudor* á las del *adjudicatario*.» La consecuencia es digna de las premisas. Es un nuevo derecho que el Código Civil no conoce, y ese derecho imaginario está en oposición con los principios más elementales; *La acción de los acreedores hace decaer el título del tercero detentor!* De esta manera cuando el tercero posee como legatario el legado *decae*. Hé aquí una caducidad que ignoran nuestras leyes y que es invención de la Corte. Si el título del tercero detentor *decae*, ¿quién transferirá la propiedad al adjudicatario? El *deudor*, dice la Corte, que sin intermediario pasa la cosa á manos del tercero detentor. En la especie el *deudor* es el testador. ¡Es, pues, el testador el que cuando la adjudicación transfiera directamente la propiedad al adjudicatario! Es decir, que resucita para transmitir la propiedad de la cosa. Se

nos dirá que la Corte de Casación no pensó en los legados. Sea; debió haberlo hecho y entonces se debió detener ante el absurdo á que conduce su jurisprudencia. Su doctrina no es, por lo demás, más verdadera en el caso de venta que en el de legado. El tercer adquirente se hace propietario incommutable en virtud de su título: él es el único que como propietario puede transmitir la propiedad al adjudicatario. El antiguo propietario, que la Corte llama *deudor*, ha dejado de ser propietario, y ¿por qué rara ficción renacería su derecho? Volvamos un instante á la comparación que hicimos del tercero detentor contra el que los acreedores requieren el remate y el tercero detentor que abandona por la promoción de los acreedores. Su situación es idéntica. Para convencerse basta leer el art. 97 (Código Civil, artículo 2167). El tercero detentor que purga es también el tercero detentor que puede abandonar; los acreedores que figuran en la purga son también los que notifican al tercero detentor á abandonar ó á pagar; la promoción conduce en una y otra hipótesis á la expropiación cuando los acreedores ejercen el remate. ¡Y se quiere que la adjudicación que termina en uno y otro procedimiento tenga un efecto distinto en una situación idéntica, según que el tercero detentor purgue á abandone! Donde las partes el derecho y el objeto es el mismo el efecto también es el mismo; el buen sentir lo dice, lo mismo que el derecho. Esta es la opinión de la mayoría de los autores; (1) nos sorprende que Martou se coloque del lado de la jurisprudencia sin discutir siquiera la cuestión y sin dar un motivo de su opinión.

545. Si se admite el principio que acabamos de establecer la consecuencia que de él se desprende no se podría contestar. Se supone que después de pagar á los acreedo-

1 Véanse las sentencias citadas en la p. 551, nota 1.