

res inscriptos queda un saldo; ¿á quién pertenece? En nuestra opinión la cuestión no se debe ni sentar. El precio pertenece al propietario, y es el tercero detentor el que es propietario; luego el excedente le pertenece como al tercero detentor que abandona (núm. 362). En la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado es el propietario precedente, deudor principal, el que enajena; es, pues, á él, es decir, á sus acreedores quirografarios, á quienes pertenece el saldo del precio. Todo en esta opinión es ilógico, contradictorio, bizarro (la palabra no es nuestra). Se trata de un tercero detentor; puede tomar muchos partidos: purgar, abandonar ó dejarse expropiar. Se deja expropiar ó abandona, no hace nada para evitar la evicción y, sin embargo, si queda un saldo después de desinteresados los acreedores tiene derecho á él. Purga y ofrece á los acreedores su precio, salvo que éstos usen del derecho de remate, y sino usan de él el saldo no les pertenecerá. ¿Los Sres. Aubry y Rau se han engañado al calificar ese derecho de inexplicable bazarria? No es eso todo. ¿Cuáles son los acreedores que figuran en la purga como en toda acción hipotecaria? Los acreedores inscriptos; es decir, los hipotecarios; en cuanto á los acreedores quirografarios son del todo extraños á un procedimiento seguido contra el tercero adquirente, puesto que no tienen ningún derecho contra él. ¡Y se quiere que dichos acreedores tengan derecho al producto de una acción que no tienen derecho á formar! Todavía no es todo. Se niega al tercer adquirente la calidad y los derechos del propietario cuando se trata del precio de la cosa que le ha pertenecido en razón de que se le considera no haber tenido nunca la propiedad y, por otra parte, se le concede un recurso en garantía contra su vendedor. Nueva contradicción. ¿A qué título tendrá el comprador derecho á la garantía? El vendedor se comprometió á hacerlo propietario, y falta á ese compromiso en el sentido de que le transmite una cosa gravada con

derechos reales que conducen á la evicción. Es, pues, á título de propietario despojado por lo que el tercero detentor puede promover la garantía. De esta manera el tercer adquirente es propietario y no lo es. Si la venta se resuelve de modo que el nuevo propietario se considere no haberlo sido nunca ¿con qué derecho tendrá una acción en garantía? Y si la tiene porque su título no está resuelto ¿por qué se le niega el excedente que queda del precio de su herencia? (1)

546. El tercero detentor despojado por el remate había constituido hipotecas en el inmueble. ¿En qué se convierten después de la adjudicación? Acerca de ese punto hay disentiimiento entre los autores. En la opinión que hemos enseñado se debe contestar, sin ninguna duda, que subsisten las hipotecas. En efecto, el tercero detentor ha sido propietario aunque haya sido despojado; la evicción procede no de un propietario contra un poseedor que no lo es sino de un acreedor hipotecario contra el propietario; es en virtud del derecho hipotecario y no en virtud de una acción de reivindicación por lo que está despojado el tercero detentor. Ha sido, pues, propietario y queda propietario hasta el momento de la adjudicación. Lo que es decisivo. A título de propietario tuvo el derecho de conceder las hipotecas como todo comprador; esas hipotecas subsisten lo mismo que las consentidas por todo comprador cuando se revende el inmueble. La venta no amenaza las hipotecas establecidas por el que vende; esto es elemental. Hay un texto que lo decide terminantemente: es el del art. 105 (Código Civil, art. 2177). El tercero detentor está expropiado; ¿en qué se convierten las hipotecas que ha consentido? Subsisten, dice la ley. Y la situación del tercero detentor rematado es la misma si siempre hay un tercer adquirente expropiado á causa de una acción hipotecaria; luego

1 Aubry y Rau, t. III, p. 535, nota 110, pfo. 294.

la decisión debe ser idéntica; hay más que analogía, hay identidad.

Sin embargo, se prevalecen de esa misma disposición para inducir que habiendo mantenido las hipotecas en caso de expropiación y no habiendo hecho en caso de remate se debe decidir que decaen cuando el tercero detentor está recusado. Esta es una argumentación *a contrario* y de la peor especie. Es reglamentario que no se puede uno prevalecer del silencio de la ley; en otros términos: el argumento *a contrario* es admisible cuando está en armonía con los principios y se le debe desechar cuando está en oposición con ellos. Y la interpretación que se da al art. 2177 (Ley Hipotecaria, art. 105) es más que contraria á los principios, está en oposición con el texto de la ley, puesto que esta disposición es aplicable al remate en virtud del art. 2167 (Ley Hipotecaria, art. 97). La cesión y el remate son la consecuencia de un solo y mismo derecho: del derecho hipotecario. Se debe, pues, decir que el art. 1277 es aplicable al remate por identidad de motivos, lo que excluye toda argumentación fundada en el silencio de la ley; no hay silencio de la ley, pues ha hablado en los arts. 2167 y 2177. Las contradicciones abundan de nuevo en la opinión contraria. ¿Qué es la purga? Una garantía para los terceros adquirentes, un medio de consolidar sus derechos. Pues bien, se la devuelve contra ellos al declarar nulificadas las hipotecas que han consentido. Esto es quitarles el derecho de disposición ligado á toda propiedad cuando la purga debiera consolidar su propiedad. ¿Y, por otra parte, se respeta esta propiedad en poder del tercero detentor que abandona! La contradicción es palpable. Creemos inútil insistir. No debiera haber controversia cuando la ley ha hablado, y habló en los arts. 2167 y 2177.

Hay autores que hacen más fácil la tarea. Troplong declara que las hipotecas caen porque el derecho de propiedad

del tercero detentor está resuelto; ni un motivo más, como si la resolución fuera un axioma. Grenier imagina una solución con restricciones; es decir, una condición resolutoria que resuelve y no resuelve. Esto es pura arbitrariedad, y mala arbitrariedad. La ley sólo conoce una resolución: la que vuelve á colocar las cosas en el mismo estado que tenían antes del contrato; como si éste no hubiera existido nunca (art. 1183); luego no hay lugar á distinguir: los derechos del tercer adquirente están resueltos por entero ó no lo están. Estas hesitaciones, estas distinciones arbitrarias, sólo prueban una cosa: es que la opinión que combatimos es extralegal; digamos la palabra: contraria á la ley así como á todo principio. (1)

547. ¿Debe el tercero detentor devolver los frutos que percibió? Ya hemos dicho cuánta incertidumbre hay en la doctrina y en la jurisprudencia, acerca de la restitución de los frutos, cuando hay una condición suspensiva ó resolutoria (tomo XVII, núms. 84, 85 y 154). En la materia de posturas estas incertidumbres y estos debates se reproducen. Si se atiene uno á los textos y á los principios la decisión es muy sencilla, y puede decirse que es evidente precisamente porque hay textos y principios incontestables. ¿A quién pertenecen los frutos? Al propietario (art. 547). Y el tercero detentor es propietario; la ley le da este nombre, siempre lo llama el *nuevo propietario* (arts. 110, 111, 115, 116 y 122); luego gana los frutos. ¿Debe restituirlos cuando hay postura? ¿A qué título tiene que restituirlos? ¿Porque está resuelto su derecho de propiedad? La ley no dice que está resuelto, dice más bien lo contrario; el art. 118 dice que el adquirente ó el donatario está *desposeído*; es decir, vencido por una acción hipotecaria. ¿Resuelve una acción hipotecaria el derecho del propietario vencido? El art. 105 (Código Civil, art. 2177) dice claramente lo contrario, puesto que mantie-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 536, nota 111, pfo. 294.

ne las hipotecas consentidas por el tercer adquirente; y el art. 104 (Código Civil, art. 2176) le da derecho á los frutos hasta que la acción hipotecaria esté entablada por la notificación de abandonar ó pagar. ¿Si el tercero detentor que abandona gana los frutos por qué el que purga no había de ganarlos? Siempre se trata del tercero detentor; el derecho á los frutos debe ser el mismo en principio, puesto que es la propiedad la que da derecho á los frutos; y el tercero detentor es propietario, ya sea que abandone ó que purgue. Es el derecho de purgar el más favorable, puesto que está organizado para mantener la propiedad del tercero detentor; ¿por qué inconcebible contradicción perdería el tercero que purga el derecho á los frutos cuando los hubiera ganado si hubiera abandonado? La situación del tercero detentor en cuanto á los frutos es mejor cuando purga que cuando abandona; permanece propietario hasta la adjudicación; los frutos no están immobilizados, puesto que los acreedores hipotecarios no promueven por vía de expropiación. La consecuencia es que el tercero detentor gana los frutos que percibe hasta la adjudicación, á reserva de tener en cuenta los intereses del precio en virtud del art. 1652. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Casación acerca de esta cuestión. Mantiene el principio que acabamos de combatir: el de la resolución de los derechos del tercero detentor, y, sin embargo, decide que éste no tiene que restituir los frutos. La contradicción nos parece evidente. Si el derecho del tercero detentor está resuelto en el sentido de que se le considera como no haber sido nunca propietario ¿con qué título gana los frutos? El art. 547 dice que los frutos pertenecen al propietario: ¿con qué derecho la Corte de Casación los atribuyó á un tercero detentor que nunca fué propietario? No encontramos más argumento en la sentencia

1 Aubry y Rau, t. III, p. 536, nota 112, pfo. 294. Pont, t. II, p. 640, número 1395 bis, y las autoridades que citan.

que la posesión de buena fe del tercero detentor. (1) ¿Entiende la Corte decir que el tercero detentor puede invocar el art. 549, que concede los frutos al poseedor de buena fe?

Lo ignoramos, puesto que la sentencia no discute este punto; lo seguro es que el art. 549 es el único que da un derecho á los frutos al poseedor de buena fe; y es seguro que el detentor no es un poseedor de buena fe en el sentido del art. 549, basta leer la definición del art. 549 para convenirse de ello. Luego en la doctrina de la Corte el tercero detentor ganaría los frutos sin ningún título, pues no es propietario ni poseedor de buena fe. ¿Debe preguntarse á la Corte con qué derecho atribuye los frutos á un tercero detentor al que el texto se lo niega si se le considera como poseedor y que pueda ganarlos como propietario, puesto que, según la jurisprudencia de la Corte, no lo ha sido nunca?

548. Hay un efecto del remate que es incontestable. Es que el tercer adjudicatario debe hacer transcribir su título, el acta de adjudicación, para que pueda oponerlo á los terceros. Esta es la aplicación del art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria: toda acta translativa de derechos reales inmobiliarios debe ser transcripta; luego también el acta de adjudicación que transmite la propiedad del inmueble al adjudicatario.

549. Lo puesto en venta tiene también otros efectos cuando es un tercero quien se presenta como adjudicatario. En este caso el nuevo propietario contra el que la postura fué ejercida se encuentra *desposeído*, como lo dice el art. 118 (Código Civil, art. 2188); es decir, vencido. Está en la misma situación que el tercero detentor contra el que los acreedores han promovido la expropiación del inmueble; por consiguiente, hay que aplicar el art. 106 (Código Civil, artículo 2178): «El tercero detentor, que sufre la expropiación del in-

1 Denegada, Sala Civil, 19 de Abril de 1865, por conclusiones contrarias del Abogado General y después de deliberación en Sala de Consejo (Dalloz, 1865, 1, 208).

mueble tiene su recurso, como de derecho, contra el deudor principal. Que el tercero detentor esté desposeído á consecuencia de la postura ó á consecuencia de la expropiación lo seguro es que sufre la evicción y que el precio procedente de su heredad sirve para pagar á los acreedores; por consiguiente, tiene una acción de garantía si su título se lo da y está subrogado á los derechos de los acreedores á quienes desinteresó. Transladamos á lo dicho en los números 319 á 321. Se ve aquí cuán inexacto es hacer una diferencia entre el tercero detentor que purga y el que está expropiado, ya sea que abandone ó no. La ley no dice nada del recurso que pertenece al tercero detentor á quien se remata, salvo en lo que se refiere á la restitución de los gastos, de lo que vamos á hablar; mientras que da un recurso al tercer adquirente que abandona ó está expropiado. ¿Quiere esto decir que el adquirente rematado no tiene recurso? Nadie ha pensado en sacar esta inducción del silencio de la ley; todos le conceden un recurso como de derecho, como dice el art. 106 (Código Civil, art. 2178). (1) Debe, pues, decirse que la situación del tercero detentor es siempre la misma, cualquiera que sea el partido que adopte: que purgue, abandone ó que se le expropie directamente.

550. La ley tiene una disposición especial acerca de los gastos: según el art. 118 (Código Civil, art. 2188) «el adjudicatario está obligado, además del precio de adjudicación, á restituir al adquirente ó al donatario desposeído los gastos y costas de su contrato, los de transcripción en los registros del conservador, los de notificación y los que hizo para llegar á la venta.» ¿Por qué la ley pone los gastos á cargo del tercer adjudicatario? Se han dado razones que son inadmisibles. Los partidarios de la resolución de los derechos del nuevo propietario rematado se han prevalecido de esta disposición y han pretendido que el tercero detentor re-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 537, nota 113 y las autoridades que citan.

matado tenía derecho á la restitución de los gastos porque su título está resuelto retroactivamente. Esto es hacer decir á la ley lo que no entendió decir. El art. 118 no tiene por objeto dar al adquirente desposeído un recurso por sus gastos, tiene por objeto decidir que los gastos están á cargo del adjudicatario. Según los principios generales los gastos hacen parte de las restituciones y daños y perjuicios á los que el adquirente vencido tiene derecho contra su vendedor á título de garantía; es, pues, el garante quien debiera restituir al adquirente rematado. ¿Por qué la ley por excepción pone los gastos á cargo del adjudicatario? El motivo se debe hallar en el art. 1593, que pone á cargo del comprador los gastos de actas y demás accesorios de la venta; y todos los gastos de que habla el art. 118 (Código Civil, art. 2188) son los gastos de la purga, y esta es la que hizo propietario al adjudicatario. El motivo de equidad se encuentra en la posición del vendedor contra el que el tercero detentor hubiera debido reclamar los gastos; ordinariamente éste es insolvente ó sus negocios están mal, puesto que se vió en la necesidad de vender el inmueble sin pagar las deudas que lo gravaban; el recurso contra él hubiera, pues, sido ineficaz. Además, hay terceros detentores que no tienen la acción de garantía; no sería justo hacerles soportar gastos que aprovechan al adjudicatario, gastos que han anticipado para conservar el inmueble; si á consecuencia de la postura no lo pueden conservar es justo que sea el postor quien sufra los gastos; no tiene mucho por qué quejarse, pues sabiendo que tiene que restituir los gastos los habrá calculado al hacer su postura. En definitiva, son los acreedores hipotecarios quienes sufren los gastos; lo que es muy justo, puesto que estos gastos son necesarios para la realización de su prenda. (1)

1 Martou, t. IV, p. 181, núm. 1540. Aubry y Rau, t. III, p. 537, notas 114 y 115, pfo. 294. Pont, t. II, p. 641, núm. 1396.

551. La ley nada dice de las expensas que el tercero detentor hizo, sin duda por ser raro que las haga, puesto que queriendo purgar debe esperarse á una postura; y en esta incertidumbre acerca de la suerte de su adquisición se decidirá pocas veces á hacer trabajos en un fundo que no está seguro de conservar. Sin embargo, esto ha sucedido. De ahí dificultades. Se pregunta desde luego si el adquirente tiene derecho á una indemnización por punto á estos gastos. La afirmativa nos parece segura; está escrita en el texto de la ley. El art. 103 dispone, en términos generales, que el tercero detentor puede repetir sus expensas y mejoras hasta concurrencia del aumento de valor resultante de la mejora. Esta disposición debe ser aplicada por analogía; mejor dicho, por identidad de razones, al tercero detentor que está despojado. ¿Qué importa que se le despoje por puja ó por expropiación directa? Lo seguro es que procuró al fundo un aumento de valor y que la equidad exige que le indemice aquel á quien le aprovecha la mejora. Queda por saber quién tiene que pagar la indemnización. Aquel que la aprovecha, puesto que no puede enriquecerse á expensas del tercero detentor. Y son los acreedores quienes aprovechan el aumento de valor que recibió el inmueble con los trabajos del tercero detentor; en efecto, el precio de la adjudicación está naturalmente calculado en el valor del inmueble; luego en el aumento que recibió. Tal es también el principio establecido por el art. 103 (Código Civil, art. 2175).

Esta es la opinión de la mayor parte de los autores, salvo disonancias en los pormenores. (1) La jurisprudencia está dividida. La Corte de Burdeos ha condenado al adjudicatario á restituir las expensas. Se ha criticado, con razón, esta extraña decisión: el adjudicatario ha pagado las expensas, puesto que proporcionó su postura al valor del in-

1 Martou, t. IV, p. 183, núm. 1542. Aubry y Rau, t. III, p. 538, nota 116, pfo. 294. Pont, t. II, p. 641, núm. 1397.

mueble, comprendido en él el aumento de valor. Si se le obligaba á restituir el aumento ¿qué resultaría? Es que no pujaría ó calcularía su postura deduciendo el valor de las expensas de modo que los acreedores no aprovecharían del importe de los trabajos. Es, pues, á ellos, en definitiva, á quienes aprovechan los trabajos si no se ponen los gastos á cargo del adjudicatario; por tanto, deben soportarlos. Esta es la decisión de la Corte de Orleans. (1)

552. La ley no dice cómo se hace la purga en caso de postura; no necesitaba decirlo; esto resulta del art. 117 (Código Civil, art. 2187). El inmueble se remata, se procede á la adjudicación y el precio se distribuye entre los acreedores que vienen en orden útil; por tanto, el inmueble se encuentra purgado de los cargos hipotecarios. Esta materia no es de nuestro dominio, pertenece al procedimiento.

*Núm. 11. Del caso en que no hay postura.*

553. El tercer adquirente que purga debe declarar en las notificaciones que hace á los acreedores que pagará las deudas y cargos hipotecarios hasta concurrencia del precio ó del valor que indica (art. 113; Código Civil, art. 2184). Este es un ofrecimiento que hace á los acreedores. Estos pueden aceptarlo ó rehusarlo pidiendo que el inmueble se remate. Suponemos que no piden el remate; esto es porque aceptan la oferta que se les hace y la encuentran suficiente. Será suficiente si la suma ofrecida basta para desinteresar á los acreedores ó si, aunque inferior al monto de los créditos inscritos, representa el valor exacto del inmueble; aunque hubiese una pequeña diferencia entre la oferta y el valor tienen también interés en aceptar, puesto que sólo podrían rehusarla haciendo una postura de un vigésimo más, y suponemos que la diferencia no será tanta.

1 Véanse las citaciones en Pont, t. II, p. 641, núm. 1397. Compárese Bruselas, 11 de Agosto de 1857 [Pasicrisia, 1857, 2, 365].