

tir de la notificación que le hubieran hecho, para elegir entre esos dos derechos, bajo pena de decaer de la acción en resolución y de no poder reclamar su privilegio. La ley en el § 1.º no menciona más que al vendedor, pero el último inciso agrega que las disposiciones del art. 114 son aplicables al copermutante y al donante.

La ley da á esos acreedores cuarenta días para elegir entre el privilegio y la acción resolutoria; este corto plazo corre desde la notificación que se le haga. Se le debe notificar como á todos los acreedores inscritos (art. 110; Código Civil, art. 2183). Si los acreedores privilegiados, vendedor, copermutante y donante, no hubieran conservado su privilegio renovando la inscripción el privilegio se extinguiría, así como su acción resolutoria, puesto que en el sistema de la ley belga la acción resolutoria está subordinada á la conservación del privilegio. La notificación que el tercer adquirente hace á los acreedores los pone en mora de optar entre el privilegio y la acción resolutoria. Tienen cuarenta días para deliberar; el plazo se cuenta según el derecho común; es decir, que se excluye el día de la notificación con el fin de que quede completo. El plazo es de rigor; basta que los acreedores hayan guardado silencio para que decaigan de la acción resolutoria; se les considera haber optado por el privilegio con sólo que no declaren su intención de obrar en resolución. El interés de los terceros, que se confunde con el general, no permite que el derecho de resolución sobreviva á la purga; se necesita, pues, imponer á los acreedores la elección entre los dos derechos de que gozan; no se pueden quejar, puesto que la ley conserva sus derechos, solo que los obliga á usarlos de un modo que no perjudiquen los derechos de los terceros.

482. Si los acreedores optan por la resolución del contrato de venta, de cambio ó dación, deben, con pena de decaimiento, declararlo ante el secretario del tribunal ante

el que se deba seguir la orden. La declaración es una acta solemne; si se hiciera en otro lugar que en la secretaría del tribunal competente sería inoperante; por consecuencia, habría incurrido en el decaimiento y el procedimiento de la purga continuaría.

La declaración se debe hacer en el plazo de cuarenta días y debe seguirse en los diez de la demanda de resolución. ¿Ese plazo de diez días está prescripto bajo pena de decaimiento como el de cuarenta días? La ley no lo dice: es un descuido de redacción. Si se atiende uno al espíritu de la ley no hay duda. El legislador prescribió plazos muy cortos con el objeto de no estorbar por mucho tiempo el procedimiento de la purga, procedimiento que deja la propiedad insegura, puesto que en caso de remate habrá una nueva venta. Se debe, pues, decir que el plazo de diez días es de rigor tanto como el plazo de cuarenta días. Hubiera sido seguramente más regular decirlo, puesto que se trata de una pena; pero el espíritu de la ley es tan evidente y la voluntad del legislador es tan segura que no titubeamos en llenar el vacío que presenta el texto apoyándonos en el decaimiento virtual, así como la doctrina y la jurisprudencia admiten nulidades virtuales. (1)

483. ¿Cuál es la influencia de la opción del acreedor en la purga? El art. 114 contesta que, á partir del día en que el acreedor había optado por la acción resolutoria, la purga será suspendida. La suspensión es una necesidad; en efecto, si la resolución está pronunciada el tercer adquirente será considerado como no haber sido nunca propietario; no puede, pues, tratarse de purga. Mientras que el tribunal pronuncie el procedimiento de la purga debe quedar suspenso; la acción resolutoria tiene su curso; si se admite resolverá el derecho del tercer adquirente así como los derechos de los acreedores hipotecarios que tienen sus hipotecas de un

1 Esta es la opinión de Martou, t. IV, p. 118, núm. 1443.

adquirente cuyos derechos están resueltos por aplicación del principio de que la resolución de los derechos del que concede arrastra la de los derechos por él concedidos. Ya hemos dicho al explicar el art. 28 cómo trató la ley de conciliar los derechos del acreedor que promueve la resolución con los derechos de los terceros.

La acción resolutoria suspende sólo el procedimiento de la purga, no lo nulifica; según el art. 114 la purga podrá continuar después de la renuncia, por parte del vendedor, á la acción resolutoria ó después que esta acción haya sido desechada. Así el acreedor, después de haber optado por la resolución, puede abandonar la acción resolutoria y ejercer su privilegio; en este sentido la opción no es definitiva hasta que la resolución está pronunciada. El tribunal puede también desechar la demanda de resolución: ¿el acreedor conservará en este caso su privilegio? Esto depende del motivo por el que la resolución fué desechada. Si es porque el acreedor perdió su privilegio y, por consiguiente, su derecho de resolución ya no puede tratarse de ejercer un privilegio extinguido. Pero la denegada de la acción de resolución no implica necesariamente la pérdida de los derechos; puede suceder que el acreedor haya renunciado á la resolución sin abdicar su privilegio; en este caso la demanda de resolución tendrá que ser desechada y el acreedor conservará, no obstante, su privilegio. Cualquiera que sea el motivo por el que la acción resolutoria esté desechada la purga seguirá su curso. El tercer adquirente estará al abrigo de la acción resolutoria, así como el adjudicatario, si el inmueble se remata. En este sentido el procedimiento de purga borra la acción resolutoria. Si, al contrario, la resolución es pronunciada el procedimiento de purga cae; se aplican en este caso los principios que rigen la condición resolutoria tácita, tal cual los hemos expuesto en los títulos *De las Obligaciones y De la Venta*.

§ V.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES EN REQUERIR EL REMATE PÚBLICO DEL INMUEBLE.

*Núm. 1. ¿Cuándo hay lugar al ejercicio de este derecho?*

484. El art. 115 (Código Civil, art. 2185) dice: «Cuando el nuevo propietario ha hecho la notificación ya enunciada en el plazo fijado todo acreedor cuyo título está inscripto puede requerir el remate público del inmueble y su adjudicación.» Esto es lo que se llama el derecho de postura. Esto es, á decir verdad, una postura, como la ley le llama (art. 110, 2.º) Tiene por objeto volver á poner el inmueble en venta si el precio ó valor declarados por el tercer adquirente no son ó parecen no ser para los acreedores la representación exacta del valor del inmueble que les está hipotecado. Este derecho es de la esencia misma de la purga. Hemos dicho que la purga no es una derogación del derecho de los acreedores hipotecarios, que más bien es la realización de estos derechos. Los acreedores tienen derecho al valor del inmueble que les sirve de prenda; ordinariamente obtienen este valor por la expropiación; la purga reemplaza la venta forzada en el sentido de que el tercer adquirente ofrece á los acreedores su precio ó el valor del inmueble si lo adquirió á otro título que el de venta. La purga concluye ahí si los acreedores creen suficiente esta oferta; pero si la juzgan insuficiente, si esperan que el inmueble se remate en un precio más elevado, deben tener el derecho de pedir la reventa como tenían el derecho de proseguir la expropiación; la purga se convierte entonces en una venta forzada. Si la purga condujera ordinariamente á un remate el legislador hubiera hecho mal en permitirla, puesto que multiplica los gastos y obliga á los acreedores que usan del derecho del remate á hacerse postores ellos mismos, lo que puede serles desventajoso. Pero el remate en el espíritu de la ley y en la realidad no es más que una

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 alcanzaran 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