

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 Paja, 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 (Daloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 2564). Riom, 6 de Diciembre de 1865 (Daloz, 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.ª). 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, paesto 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.