

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. Compárense 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 [Daloz, en la palabra Remate, núm. 66]. Denegada, 14 de Junio de 1843 (Daloz, 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 (Galloz, en la palabra Postura, núm. 104, 2.ª)

para cada acreedor desde el día en que recibió la notificación. La Corte de Casación lo sentenció así, y en principio esto es de evidencia. (1) Los acreedores pretendían que podían hacer posturas mientras que otros acreedores á quienes la notificación había sido hecha posteriormente podían usar de este derecho. Es verdad que la postura hecha por uno de los acreedores aprovecha á todos, lo que implica un cierto lazo de solidaridad entre los varios acreedores inscriptos, pero esto supone que la postura está hecha legalmente; en este caso aprovecha aun á los que no hubieran podido pujar porque no se encontraban en el plazo legal. Pero de esto no se puede inducir que los que están decaídos pueden aún hacer posturas. En el caso juzgado por la Corte de Casación había un motivo de duda, muy serio en nuestro concepto. El nuevo propietario, al hacer las notificaciones prescriptas por la ley, había omitido á uno de los acreedores inscriptos. No se conformó con hacer una notificación omitida sino que hasta renovó la que había hecho regularmente. Uno de los acreedores hizo postura en el plazo de cuarenta días después de las nuevas notificaciones, pero el plazo había expirado si se tenían en cuenta los primeros. Fué sentenciado que el plazo corría desde las primeras notificaciones. Esto es dudoso. Al hacer nuevas notificaciones el tercer adquirente daba un nuevo derecho, un nuevo plazo, si no estas repetidas notificaciones hubieran sido enteramente inútiles, y en realidad la Corte de Casación las consideró como tales. Nos parece que esto es sobrepasar la ley.

505. ¿Cómo se cuenta el plazo de cuarenta días? Según la regla general que se sigue en esta materia, puesto que la ley no la deroga. El plazo comienza á correr desde el día en que las notificaciones se hacen, pero aquel día no está

1 Denegada, 10 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1853, I, 153). Martou, t. IV, página 154, núms. 1500 y 1501. Pont, t. II, p. 617, núms. 1354 y 1355. Aubry y Rau, t. IV, ps. 526 y siguientes y nota 70, pfo. 294.

comprendido en el plazo, pues no es entero y el acreedor tiene derecho á cuarenta días completos. En contra el último día queda comprendido en el plazo; en aquel día, á más tardar, debe hacerse la postura; el acreedor no podría, pues, notificar la postura el día después. (1)

506. El plazo corre contra todas las personas, aun contra los incapaces; no se aplica á los plazos en que deben hacerse un hecho los principios que rigen la prescripción; ésta queda suspendida en favor de los incapaces, mientras que los plazos corren contra todos. (2) Los motivos de interés público que los hicieron establecer bajo pena de decaimiento no permiten prolongarlos. Volveremos á este punto en el título *De la Prescripción*.

Hay, sin embargo, que hacer una restricción á este principio en virtud de la ley belga que obliga á los acreedores privilegiados con derecho á la resolución de optar entre ésta y su privilegio; si optan por la resolución el procedimiento de purga queda *suspendido* y, por consiguiente, el ejercicio de la postura; el plazo de cuarenta días volverá á tomar cargo si la acción de resolución decae, ya sea porque el acreedor lo renuncie, ya porque el tribunal lo deseché. (3)

507. El plazo ordinario está aumentado cuando hay una distancia de más de cinco miriámetros entre el domicilio real y el domicilio elegido por el acreedor; el art. 115 (Código Civil, art. 2185) contiene á este respecto la siguiente disposición: "Se agrega al plazo de cuarenta días un día por cada cinco miriámetros de distancia entre el domicilio elegido y el *domicilio real* del acreedor más distante del tribunal que debe de conocer del orden." La ley quiere que

1 Martou, t. IV, p. 155, núm. 1502. Pont, t. II, p. 618, núm. 1354. Aubry y Rau, t. III, p. 527, notas 73 y 74, pfo. 294.

2 Grenoble, 27 de Diciembre de 1821 (Dalloz, en la palabra Postura, números 77 y 81). Aubry y Rau, t. III, p. 527, nota 75, pfo. 294. Martou, t. IV, p. 159, núm. 1508.

3 Observación de Martou, t. IV, p. 159, núm. 1509.

el acreedor tenga cuarenta días completos para hacer posturas, y no los tendría si alejado del domicilio elegido en que se hacen las notificaciones sólo las recibiera uno ó varios días después de haber sido hechas; había, pues, que aumentar el plazo por razón de la distancia entre el domicilio elegido y el domicilio real. El Código fijaba este aumento en dos días por cada cinco miriámetros. Por razón de la grande facilidad de comunicación que hoy existe el legislador belga redujo el aumento á un solo día; no toma en cuenta una distancia menor de cinco miriámetros. (1)

Queda por saber lo que debe entenderse por domicilio real. El Código Civil decía: el *domicilio real* de cada acreedor requirente. Nuestra Ley Hipotecaria dice. «El domicilio real del acreedor *más lejano* del tribunal que tiene que conocer.» Hé aquí cómo se interpreta esta disposición. El plazo está aumentado para todos los acreedores desde que hay un acreedor alejado más de cinco miriámetros del domicilio elegido, y si hay varios acreedores que se encuentren en este caso se calcula el aumento teniendo en cuenta la distancia en que se encuentra el más lejano, de modo que el que se encuentra á cinco kilómetros goza del mismo plazo que el que se encuentra á 50 kilómetros. La ley quiso un plazo uniforme; no se sabe mucho por qué. Siendo tradicional la notificación el plazo también fijado en razón de la distancia debía variar de uno á otro acreedor. (2)

También hay que notar que la ley belga, así como el Código Civil, se valen de la expresión *domicilio real*, lo que se refiere á la definición que el art. 102 da del domicilio. No es, pues, á la habitación á lo que se refieren, como se debiera haber dicho por razón del objeto que tenía en

1 Controversia. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Postura, núm. 86. París, 21 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 31). Dijón, 5 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 31).

2 Delebecque, Comentario legislativo, p. 400, núm. 565. Martou, t. IV, página 158, núm. 1507.

vista el legislador en hacer llegar la notificación á conocimiento personal de cada acreedor.

*Núm. 5. De la sumisión del requirente.*

508. La postura debe contener «la sumisión del requirente de llevar el precio á más de un vigésimo del estipulado en el contrato ó declarado por el nuevo propietario.» Esta es una condición esencial requerida por la ley para la validez de la requisición que puede hacer un acreedor para que se remate públicamente el inmueble. La ley no admite el remate sin compromiso tomado por el requirente de dar un precio mayor de un vigésimo. Hubo de conciliar los derechos del tercer adquirente y los de los acreedores. Estos tienen derecho al verdadero valor del inmueble que les está hipotecado; el nuevo propietario, por su parte, tiene derecho á conservar el inmueble si lo adquirió al precio corriente. Los bienes no tienen un valor fijo, matemático; los gustos, las pasiones de los que compran, desempeñan un gran papel en el monto del precio que se les da. No se podrá, pues, conformar con la menor diferencia que los acreedores pretendieran existir entre la suma ofrecida y el valor real del inmueble; si la diferencia es poco considerable el legislador tiene que mantener la adquisición, pues este es el objeto por lo que organizó la purga. ¿Cuál es el límite en el que es bastante grande la diferencia para que la suma ofrecida por el tercer adquirente pueda ser considerada como el valor real del inmueble? Esta cifra es necesariamente arbitraria y de hecho es variable. Según la ley de 11 Brumario, año VII, el requirente tenía que comprometerse á llevar el precio cuando menos un vigésimo más de la suma ofrecida por el nuevo propietario. Los autores del Código encontraron que esta utilidad era demasiado pequeña para perturbar al comprador despojado; la llevaron, en con-

secuencia, al décimo del monto de la postura. Esta innovación fué muy criticada; se la consideraba como uno de los vicios de la purga; teniendo en cuenta los gastos que el pujador vuelto adjudicatario tiene que sufrir y el valor ordinariamente módico de los bienes que se purgan se llegaba á un aumento de treinta por ciento. Esto era exigir mucho de los acreedores y, por consiguiente, hacer imposible el precio del remate. Resultaba que éste no alcanzaba su objeto; se favorecía al nuevo propietario á expensas de los acreedores. El legislador belga se decidió, en consecuencia, en favor del límite adoptado por la ley de Brumario. (1)

509. El compromiso de llevar el precio á un vigésimo más puede tomarlo un tercero: es él, en este caso, el que hace la sumisión y al que se declarará adjudicatario si no se presenta postor. Pero la sumisión del tercer postor no impide que el remate proceda del acreedor; él debe notificar y ofrecer al caucionante. El texto es terminante acerca de este punto (art. 115, 5.º; Código Civil, art. 2185, 5.º). Siendo sólo bajo esa condición como la ley podía permitir al acreedor que requiere la venta en subasta pública presentar un tercero detentor. El nuevo propietario no conoce más que al acreedor que pide el remate del inmueble; luego es él quien debe responder del acto que requiere.

510. ¿En quién debe recaer el argumento del vigésimo? El art. 115 (Código Civil, art. 2185) dice que la postura se hará en el precio principal y los cargos. Lo cual supone una venta. Si el nuevo propietario ha adquirido la propiedad en virtud de otro título debe ofrecer el valor de la cosa; el remate recaerá en el valor que haya declarado.

El monto del precio da lugar á una pequeña dificultad. Ha sucedido que el nuevo propietario declara un precio superior al del contratato; la Corte de Lyon anuló ese contrato por la singular razón de que el adquirente no podía re-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 61).

matar contra él mismo. Al declarar un precio el adquirente no remata, declara la cantidad que ha ofrecido á los acreedores inscriptos. Si dicha cantidad es superior al precio del contrato; ¿qué importa á los acreedores? Todo lo que les interesa es calcular si hay entre el valor ofrecido y el real la diferencia de un vigésimo que les dé interés en el remate; no pueden, pues, estar lesionados por una declaración que sobrepasara al precio. (1) Se puede objetar que esa interpretación no se concilia con el texto de la ley belga; el art. 115 dice que el acreedor debe comprometerse á llevar el precio á un vigésimo más *del estipulado en el contrato ó declarado* por el nuevo propietario. Si se trata de una venta dirán que se necesita que el remate tenga por base el precio estipulado en el acta de venta. No es ese el sentido de la ley; si opone el precio *estipulado* al *declarado* es para marcar la diferencia entre los diferentes contratos de adquisición, de los que unos contienen una estipulación de precio y otros no la contienen. Si hay un precio estipulado por lo regular en ese será sobre el que el acreedor remate, pues casi siempre será ese el que señale el tercero adquirente. La ley prevée, pues, el caso ordinario, pero sin entender excluir el caso en que el nuevo propietario indicara uno mayor.

511. También debe recaer el remate en los cargos; es decir, en los cargos que forman parte del precio, como lo dice el art. 115. Cuando los cargos llegan á 5000 francos y el precio es de 4500 el precio total ofrecido por el nuevo propietario será, en realidad, de 50,000 francos, y es sobre el precio total que representa el valor del inmueble en el que debe hacer su postura. (2) Dijimos en el núm. 464 lo que se debe entender por cargos que forman parte del precio.

1 Martou, t. IV, p. 163, núm. 1465. Pont, t. II, p. 624, núm. 1363. Compárese Lyon, 7 de Enero de 1845 (Sirey, 1845, 2, 556).

2 Grenoble, 19 de Abril de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 151).