

Hay en la aplicación del principio al remate una numerosa jurisprudencia; como sólo se refiere á cuestiones de hecho bastará con dar algunos ejemplos. En la notificación hecha á los acreedores el tercer adquirente declara que además del precio del contrato fué convenido verbalmente pagar una suma al vendedor á título de alboroque; la de Casación juzgó que el postor debía ofrecer el décimo de esa suma como del precio estipulado. (1) Lo que no tiene ninguna duda. También se juzgó, lo que era del todo evidente, que la obligación impuesta al adquirente de dar una renta vitalicia con la que estuviera gravado el inmueble hacia parte del precio; que, en consecuencia, el postor debe ofrecer un décimo más del capital de esa renta como precio pagadero al mismo vendedor. (2)

512. ¿Debe recaer el remate en los intereses del precio? Ya hemos examinado en el núm. 464 la cuestión de principio. En nuestra opinión es la consagrada por la jurisprudencia belga; el nuevo propietario no debe los intereses sino hasta el vencimiento del plazo de cuarenta días concedido á los acreedores para rematar. Por consecuencia, los intereses no hacen parte del precio; el nuevo propietario no debe ofrecerlos y el acreedor no debe comprenderlos en su remate. (3)

513. Hay una dificultad para los cargos que el nuevo propietario no ha valuado en sus notificaciones. Bajo el imperio del Código Civil se decidía que el nuevo propietario no estaba obligado á hacer el avalúo y que si no lo hacía el acreedor se podía limitar á comprometerse en términos generales á llevar el inmueble á un décimo más. (4) Nuestra Ley Hipotecaria impone al nuevo propietario la obliga-

1 Casación, 3 de Abril de 1815 (Daloz, en la palabra Remate, núm. 191, 3.º)

2 Casación, 25 de Noviembre de 1811; Burdeos, 4 de Mayo de 1833 (Daloz, *ibid.*, núm. 191, 1.º)

3 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. II, p. 625, núm. 1365, nota 3.

4 Pont, t. II, p. 625, núm. 1364.

ción de valuar los cargos (art. 110, 1.º). ¿Se debe concluir que el acreedor que remata no debe comprender en su remate los cargos no valuados. Es cierto que no es él quien debe valuar; pero, por otra parte, un remate que no incluyera los cargos no llenaría el objeto de la ley. (1) Nos parece que se debe proceder como se hacía bajo el imperio del Código Civil: conformarse con un remate sin determinación de cantidad en lo referente á los cargos no declarados.

514. La ley agrega que el remate no debe recaer en los gastos del primer contrato. Hemos dicho al tratar de las notificaciones que deben comprender los gastos que por su naturaleza no están á cargo del adquirente y que, por consiguiente, hacen parte del precio cuando los debe reportar (núm. 463). Los gastos del contrato por el que el tercer adquirente ha adquirido el inmueble son á su cargo en virtud del art. 1593; no forman, pues, parte del precio y, por consecuencia, el acreedor no debe comprenderlos en su remate. (2) Son esos los gastos de que habla el art. 115, 2.º al decir que los gastos del *primer contrato* quedan fuera del remate.

515. El art. 110 dice además que no se debe hacer ninguna deducción que perjudique á los acreedores inscriptos. Lo cual no lo decía el Código Civil porque no era necesario decirlo; el remate debe comprender el precio completo; si se le hiciera cualquiera deducción ya no se elevaría al vigésimo que la ley quiere y, por consecuencia, el adquirente se hallaría despojado fuera de las condiciones legales y los demás acreedores no encontrarían en el remate la ventaja que debieran tener; es decir, la representación del verdadero valor del inmueble.

La jurisprudencia ha aplicado el principio á una reser-

1 Esta es la opinión de Martou, t. IV, p. 134, núm. 1468.

2 Denegada, 26 de Febrero de 1822 [Daloz, en la palabra Remate, número 195, 1.º]

va muy frecuente que los acreedores postores hacían: la de que se les reembolsara sus gastos de promociones y en caso de contestación de sus gastos por privilegio sobre el monto de la adjudicación; esas reservas estaban anuladas bajo el Código Civil, porque toda reserva conducía á una reducción de la postura contrariando la ley; la ley belga dió fuerza de ley á la jurisprudencia. (1)

516. Era de jurisprudencia bajo el imperio del Código Civil que no se necesitaba indicar en cifras el monto del remate, porque el Código no lo exigía, y que en cuanto á formalidades se debe uno atener rigurosamente al texto de la ley. La nueva ley ha consagrado implícitamente esa jurisprudencia reproduciendo los términos del Código Napoleón, salvo algunas modificaciones extrañas á nuestra cuestión. Se debe, pues, admitir que el remate sería válido si el acreedor se comprometiera á llevar el precio y los cargos á un vigésimo de más. (2)

*Núm. 6. De la obligación de ministrar un caucionante.*

517. La ley no se conforma con la sumisión del acreedor á llevar el precio á un vigésimo más, quiere que caucione hasta concurrencia de un 25 p.  $\S$  del precio y de los cargos. Esta es una garantía necesaria para las partes interesadas. El acreedor puede ser insolvente; si la ley admitiera el remate sin ninguna seguridad los acreedores insolventes que no tienen nada que aventurar rematarían siempre. ¿A qué conducirían esas exageradas posturas? A gastos frustratorios que disminuirían el valor de la prenda común en perjuicio de los acreedores. Resulta del principio mismo del remate que debe procurar un aumento cierto del precio ofrecido por el tercer adquirente; siendo sólo bajo esa con-

1 Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Remate, núm. 185. Agréguese Bruselas, 29 de Julio de 1846 (Pasierisia, 1848, 2, 325).

2 Pont, t. II, p. 625, núm. 1367 y las sentencias que cita. Martou, t. IV, p. 137, núm. 1471.

dición como la ley permite romper el contrato en virtud del cual el tercer adquirente se ha hecho propietario, y también bajo esa misma condición en la que el remate puede aprovechar á los acreedores.

518. ¿Cuál debe ser el monto de la caución? Acerca de este punto la nueva ley ha derogado el Código Civil. Conforme al art. 2185 el acreedor postor debía ministrar caución hasta concurrencia del precio y de los cargos; conforme á la ley belga la caución está limitada á 25 p.  $\S$  del precio y de los cargos. ¿Cuál es el motivo de esa novación? La comisión especial dice en su informe que la disposición del Código Civil daba lugar á justas críticas. El postor no debe dar caución sino hasta concurrencia del perjuicio que pudieran sufrir los demás acreedores de la inejecución de las obligaciones que resultaran del remate. ¿En qué consiste ese perjuicio? Si el acreedor no queda adjudicatario queda descargado, y si paga su precio la caución decae. No há lugar á perseguir al caucionante sino en un solo caso: en el que estando el postor declarado adjudicatario no paga su precio; en ese caso se procede á una subasta exagerada que conduce á una nueva adjudicación cuyo precio será inferior al de la precedente; la caución sirve de garantía á la diferencia que existe entre los dos precios. La ley belga va más lejos; tiene en cuenta los gastos á que da lugar el remate y el retardo que hace á la distribución del precio; ha valuado esos daños en 25 p.  $\S$  del precio y de los cargos. (1)

519. El art. 2040 dice: "Siempre que alguno esté obligado por la ley á ministrar un caucionante la caución ofrecida debe llenar las condiciones prescriptas por los arts. 2018 y 2019." En los términos del art. 2018 el deudor obligado á ministrar caucionante debe presentar uno que tenga la capacidad de contratar, que tenga bienes bastantes para res-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 61). Martou, t. IV, p. 138, número 1474.

ponder del objeto de la obligación, y cuyo domicilio esté en la jurisdicción de la corte de apelación donde se deba dar. El art. 2019, relativo á la insolvencia del caucionante, sólo se estima con relación á sus propiedades inmobiliarias; la ley agrega que no con respecto á los inmuebles litigiosos ó cuya excusión se haría demasiado difícil por lo apartado de su situación.

520. Nos trasladamos para la explicación de esas disposiciones al título *De la Caución*. La nueva ley la deroga en un punto. Bajo el imperio del Código Civil se admitía por lo general que la caución personal no podía reemplazarse ni completarse por la oferta de una hipoteca, aun sobre bienes libres; (1) el legislador quería evitar, decían, las dificultades y retardos de la realización de la prenda hipotecaria. La ley belga permite al acreedor ofrecer un caucionante personal ó hipotecario á su elección. Quiso favorecer el remate porque es la condición esencial de la purga; estorbarlo por condiciones rigurosas es amenazar el derecho de los acreedores. Si la caución hipotecaria se realiza más difícilmente en cambio ofrece una garantía general más segura que la caución personal. (2)

El art. 115 añade que la caución puede ser reemplazada por el depósito de una suma equivalente al veinticinco por ciento del precio y de los cargos; el acreedor que usa de este derecho debe, en este caso, notificar copia del certificado de depósito. Esto es la aplicación del art. 2041, según el cual el que no puede encontrar un caucionante se admite á dar, en su lugar, un empeño ó una prenda suficiente. Pero el art. 115 es más restrictivo que el art. 2041; éste habla de un empeño cualquiera, mientras que la ley belga quiere un depósito de una suma de dinero en la caja de consignación. ¿Debe concluirse de esto que nuestra Ley Hipotecaria

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 530, nota 87, pfo. 294.  
2 Martou, t. IV, p. 145, núm. 1482.

deroga el Código Civil? Se ha sostenido que no había derogación porque no había ningún motivo para restringir el empeño á una suma de dinero excluyendo las rentas del Estado, los créditos privilegiados ó hipotecarios. (1) Nos parece muy difícil admitir esta interpretación; se trata de una garantía que es condición esencial de la postura; la ley tiene cuidado de determinarla y luego añade: «Todo bajo pena de nulidad.» Luego el depósito de una suma está también prescripto bajo pena de nulidad; lo que es decisivo.

#### Núm. 7. Sanción.

521. Todas las disposiciones del art. 115 (Código Civil, art. 285) están prescriptas bajo pena de nulidad. Este rigor parece excesivo, puesto que sólo se trata de formalidades. La ley belga se apartó de este rigor de la jurisprudencia antigua en lo que se refiere á la nulidad de las inscripciones hipotecarias; no pronuncia la nulidad de las notificaciones que el nuevo propietario debe hacer á los acreedores inscritos (art. 180). ¿Por qué mantuvo la pena de nulidad para las formalidades de la postura? Ya hemos dado la razón. El derecho de postura es de esencia de la purga; los acreedores tienen derecho al valor real del inmueble hipotecado y la postura es el único medio de garantizar este derecho. Se dirá que por querer garantizar los derechos de los acreedores la ley les compromete multiplicando las suertes de nulidad. Esto es el inconveniente inherente á todas las formalidades que están sancionadas por la pena de nulidad. En el caso había además otro interés que resguardar: el del nuevo propietario; también es un derecho suyo mantener su adquisición, y este derecho se liga á un interés general: la estabilidad de la propiedad. Es por este doble motivo por lo que la ley se ha mostrado más severa que de ordinario cuando se trata de simples formas.

1 Martou, t. IV, p. 145, núm. 1483.

522. Pero no hay que exagerar la severidad de la ley. El postor puede haber cometido errores de cálculo, ya sea equivocándose en el vigésimo, ya omitiendo un cargo que no consideraba como parte del precio; la jurisprudencia misma está incierta. ¿Se le prohibirá ratificar estos errores? Cuando el acreedor agrega á su pedimento que está dispuesto á rectificar todas las insuficiencias ó errores de cálculo su buena fe es evidente y ningún interés puede ser lesionado con una postura que, en verdad, es irregular, pero que podrá ser regularizada. ¿No debe extenderse esta interpretación al caso en que la postura no contendría la cláusula que acabamos de mencionar? La buena fe se presume siempre; se debe, pues, admitir que el acreedor se equivocó, pero que no quiso engañar; y la ley se hace fácil cuando se trata de ratificar errores de cálculo. Debe, pues, admitirse que todo error de cálculo puede ser corregido. (1) La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido.

En un caso sentenciado por la Corte de París el acreedor se había comprometido en el acta de postura á llevar el precio un décimo más del de venta y de los cargos declarados. Entre estos cargos se encontraba un saldo en favor de un municipio; el postor lo había tenido en cuenta, pero lo había valuado mal. La Corte dijo que aunque las notificaciones no contenían el avalúo del cargo la postura era válida aunque la cifra fuera inferior al décimo del precio y de los cargos. Esta decisión está fundada en derecho tanto como en la equidad. Todo lo que el Código exige es la sumisión del acreedor en llevar el precio á un décimo más del declarado con los cargos por el acreedor; ninguna disposición impone al postor la obligación de expresar numéricamente la suma total á la que debe llegar su sumisión. ¿Qué importa que el cálculo no esté exacto? La postura no puede estar

1 Martou, t. IV, p. 137, núm. 1472. Pont, t. II, p. 631, núm. 1379. Orleáns, 18 de Febrero de 1843 (Dalloz, en la palabra Posturas, núm. 210).

viciada por esto, puesto que la fijación de la cifra es superabundante y no puede modificar el compromiso que resulta de la misma sumisión. (1)

Por contra el acreedor puede cometer un error en perjuicio suyo enumerando una suma que pase de la postura; por ejemplo, comprendiendo en ella los cargos y agregando después estos mismos cargos; el doble empleo de cargos es evidente en este caso; sin embargo, la Corte de París ha validado la postura y los anuncios que enumeraban este error de cálculo. Fué sentenciado que el acreedor debía ser admitido á rectificación, á reserva de hacer nuevos anuncios, cuyas costas estarían á su cargo, puesto que las ocasionaba su descuido. (2)

#### Núm. 8. Notificación de la postura.

523. La postura tiene que ser notificada desde luego al nuevo propietario (art. 115, 1.º; Código Civil, artículo 2185, 1.º) Se hace en contestación á la notificación del tercer adquirente; éste ofrece su precio; el acreedor postor lo rehusa y pide el remate público del inmueble. Es necesario, naturalmente, que esta requisición se notifique al nuevo propietario; él es el principal interesado, puesto que la postura tiende á despojarlo.

«La misma notificación debe hacerse al precedente propietario y al deudor principal» (art. 115, 3.º) Estos están interesados en conocer la postura. Desde luego el *deudor principal*, porque son sus acreedores los que obran y porque está interesado en evitar las consecuencias de su acción desinteresándose si lo puede hacer; evita los gastos y el recurso de garantía que lo somete á daños y perjuicios. El Código Civil decía que la notificación debía hacerse *al pre-*

1 París, 1.º de Diciembre de 1836 (Dalloz, en la palabra Posturas, número 210, 2.º), y 23 de Marzo de 1839 (*ibid.*, núm. 166).

2 París, 21 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra Posturas, núm. 211).

*cedente propietario deudor principal*, suponiendo que el precedente propietario es también deudor principal, lo que efectivamente es la regla, y, en este caso, una sola notificación basta; puede suceder, sin embargo, que el precedente propietario, á consecuencia de una reventa, no sea el deudor principal; se necesitan entonces dos notificaciones; por este motivo la redacción del Código fué cambiada á proposición de la comisión del Senado. (1)

524. Si hubiera varios adquirentes, ó precedentes propietarios, ó deudores principales, el acreedor tendría que notificar su postura á cada uno de ellos, puesto que cada uno tiene interés y puede invocar el texto de la ley. Así fuera aunque hubiera solidaridad entre los adquirentes, deudores personales ó precedentes propietarios. En materia de postura cada cual tiene su interés individual; es necesario que cada cual esté advertido con el fin de poder obrar en consecuencia. La jurisprudencia está en este sentido y no hay, en verdad, ninguna duda. (2)

525. Si las notificaciones tienen que hacerse á incapaces el diligenciario debe notificarlas á los que la ley encarga cuidar sus intereses, así al tutor de los menores é interdictos. Cuando se trata de mujeres casadas la postura debe ser notificada á la mujer y al marido; tal es la jurisprudencia, y se funda en los principios que rigen la incapacidad de la mujer. Incapaz de derecho puede adquirir cierta capacidad por su contrato de matrimonio; ¿basta esta capacidad para que pueda hacer posturas? Ya hemos dicho que hay grande incertidumbre acerca de la capacidad requerida para hacer postura; es, pues, útil que la postura se notifique al marido y á la mujer. (3)

1 D'Anethán, informe; Lelièvre, informe (Parent, ps. 426 y 527).

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 530, notas 89 y 90, pfo. 294.

3 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. II, p. 627, núm. 1370, y Martou, t. IV, p. 148, núm. 1488.

526. El art. 115 dice que la postura será notificada por *diligenciario*, derogando en esto el Código Civil, que exigía una notificación por un escribano nombrado por el presidente del tribunal. M. Lelièvre justifica esta innovación en su informe á la Cámara de Representantes: "todo escribano, en general, aun nombrado especialmente, debe poder notificar semejante instructivo; hay que cuidarse de multiplicar las formalidades del procedimiento sin necesidad bien clara."

La ley sobre expropiación forzada de 15 de Agosto de 1854 contiene una disposición que se refiere á las formalidades de la postura. Según el art. 93 "el acta de pedimento de remate contendrá constitución de abogado cerca del tribunal en que la postura y orden serán llevados." Esto implica que la postura está necesariamente seguida de una acción judicial; en efecto, el postor cita para tres días ante el tribunal de la situación de los bienes para oír estatuir acerca de la validez del pedimento. Es necesario una sentencia que declare válida la postura antes de proceder al remate; si la postura se declara nula no há lugar á seguir el procedimiento.

527. "El original y las copias de los instructivos deben ser firmados por el acreedor requirente ó su apoderado por poder expreso, el que debe dar copia de su poder." Si hay un tercero postor debe, igualmente, firmar dichas actas (artículo 115, 4.º; Código Civil, art. 2185, 4.º) La ley quiere que haya una prueba por la misma acta, como en toda acta auténtica en que la postura procede del acreedor.

528. La ley no dice en qué domicilio debe hacerse la notificación. Hay que aplicar la regla general establecida por el Código de Procedimientos (art. 68); es decir, que el instructivo se notificará á la persona ó en el domicilio real. (1)

1 Martou, t. IV, p. 152, núm. 1497. Aubry y Rau, t. III, p. 580, nota 91, pfo. 294.