

529. ¿Debe publicarse la postura? Interesa á los terceros; en efecto, teniendo el inmueble que rematarse los terceros no pueden ya tratar con el adquirente amenazado de evicción. Sin embargo, la ley no prescribe la publicidad del acta misma por la cual el acreedor requiere el remate; pero como el pedimento debe ser seguido de una instancia que tiende á despojar al adquirente se concluye que hay lugar á aplicar el art. 3, según el cual toda demanda de nulidad, devolución ó revocación de un derecho real inmobiliario debe ser publicada por medio de una inscripción marginal hecha en el registro del conservador. (1) Esto supone que la venta tiene por efecto resolver ó revocar el derecho del adquirente. En nuestra opinión la reventa no es más que una expropiación forzada, y la expropiación no resuelve los derechos del expropiado, como no los resuelve el derecho del vendedor en una venta ordinaria. Volveremos á este punto. Hay, pues, un vacío en la ley; hubiera debido prescribir la publicidad, no lo hizo, y no pertenece al intérprete el corregirla.

*Núm. 9. Del efecto de la postura.*

530. Es de principio que la postura hecha por uno de los acreedores se hace común á los demás. El art. 120 (Código Civil, art. 2190) consagra este principio aplicándolo al disentimiento del acreedor postor. El disentimiento no impide que tenga lugar el remate, á no ser que los demás acreedores hipotecarios no consientan. Esto implica que todos los acreedores pueden prevalecerse de la postura hecha por uno de ellos. Ordinariamente las actas jurídicas no tienen efecto más que para con los que figuran en ellas como partes, y la postura es una acta individual de cada acreedor, ni siquiera tiene que ser notificada á los demás. ¿Por

1 Martou, t. IV, p. 149, núm. 1491.

qué la ley la declara común á todos? Desde luego, porque todos los acreedores la aprovecharán; después, para evitar que los acreedores hagan cada cual su postura, lo que multiplicaría los casos inútilmente. Desde que uno de los acreedores hace postura los demás pueden abstenerse de hacerla, sus intereses quedan resguardados. Sin embargo, esto sólo es verdad cuando la postura es regular. Pues así como una postura legal aprovecha á todos los acreedores así también una postura nula les perjudica en el sentido de que no pueden hacer una nueva si el plazo en el que tienen que presentarla ha fenecido. (1)

531. Síguese de esto que la postura, una vez hecha, no puede ya ser revocada ni por el concurso de voluntades del acreedor postor y del tercero detentor ni por la voluntad unilateral del acreedor de quien procede. Así el tercer adquirente no puede suspender los efectos de la postura desinteresando al acreedor que la hizo. Esto es incontestable en lo que se refiere al derecho de los demás acreedores; tienen un derecho adquirido en el remate del inmueble, este derecho no les puede ser quitado; tienen interés en que la reventa se prosiga, puesto que están seguros de aprovechar la postura de un vigésimo más y tienen además la probabilidad de una purga. (2)

¿Debe decidirse además, como se ha hecho, (3) que el acreedor postor, aunque desinteresado, tiene derecho de continuar el procedimiento? Esto nos parece dudoso; cuando está desinteresado ya no es acreedor; y ¿se concibe que el que no es deudor promueva hipotecariamente contra el tercero detentor de un inmueble hipotecado y lo expropie? Esto sería una anomalía que nada justificaría. La ley dice que la pos-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 532, pfo. 294. Martou, t. IV, p. 187, núm. 1547. Pont, t. II, p. 633, núm. 1384.

2 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 532, nota 96, pfo. 294. Pont, t. II, p. 633, núm. 1384, y Martou, t. IV, p. 188, núm. 1547.

3 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 532, nota 97, pfo. 294.

tura es común á todos los acreedores, pero todo lo que resulta de esto es que el remate puede ser proseguido por aquellos que no la pidieron y no han hecho postura cuando el postor no tiene ya calidad; esto basta para resguardar sus intereses.

532. ¿El acreedor que requirió el remate puede desistirse pagando el monto de la sumisión á los demás acreedores? Nó; esta es la decisión terminante del Código Civil, reproducida por la ley belga (art. 120; Código Civil, art. 2190); es tan jurídica como equitativa. La postura da un derecho á todos los acreedores; luego el que la hizo no puede desistirse sin perjudicarlos, y el pago del monto de la sumisión no desinteresa á los demás acreedores; tienen interés en que el inmueble se remate con el fin de aprovechar las probabilidades de purga.

El art. 120 añade que el desinterés no impide la adjudicación á no ser que todos los acreedores hipotecarios lo consentan. Este consentimiento puede ser expreso; el Código lo exigía aun en términos absolutos; la ley belga admite también el consentimiento tácito; lo que está en armonía con los principios generales y facilita el desistimiento. El art. 120 dice cómo se da el consentimiento; el acreedor postor notifica á los demás acreedores de proseguir la adjudicación en los quince días; si no dan ningún seguimiento en este plazo se les considera como renunciantes. «En este caso, dice la ley, el importe de la sumisión queda adquirido á los acreedores en orden de sus créditos.» Renunciar al remate no es renunciar á la postura; si los acreedores prevén que no habrá puja no tienen ningún interés en proseguir la venta, puesto que daría lugar á gastos inútiles que no les aprovecharían. No sucede lo mismo con el importe de la sumisión; es una utilidad neta á la que los acreedores no pueden considerarse como renunciando, puesto que sería

una liberalidad y nunca se puede inducir una liberalidad del silencio del que se supone hacerla.

533. Se pregunta si el consentimiento del tercer adquirente es necesario para la validez del desistimiento. La Corte de Casación ha sentenciado que el tercer adquirente no tiene ninguna calidad para consentir el desistimiento, ni para oponerse á él, ni para atacarlo. Sienta en principio que el requerimiento de remate no despoja al comprador de su derecho de propiedad, es una oferta de comprar el inmueble que se rematará; esta oferta puede ser pujada el día de la adquisición que provoca y cuya suerte sólo queda fijada por esta adquisición. Todo cuanto resulta para el adquirente es que su título está amenazado, y esta amenaza es una prohibición que lo autoriza á suspender el pago del precio. Tal es el único efecto que la ley le da; el tercero detentor no deja por esto de estar investido de la propiedad del inmueble que ha comprado. Hay, á este respecto, una diferencia esencial entre la situación del nuevo propietario y la de los acreedores hipotecarios; para éstos la postura es el ejercicio de un derecho que les es común con el postor; mientras que el adquirente, lejos de ejercer un derecho, sufre la postura como detentor del inmueble; él es, pues, su adversario. De aquí las consecuencias esencialmente diferentes. El postor no puede desistirse de su oferta sin el consentimiento de los demás acreedores, porque este desistimiento ataca un derecho que les está adquirido no sólo en el monto de la postura sino también en las probabilidades de puja; el desistimiento puede, pues, arrastrar la disminución de la prenda común. El adquirente, por el contrario, nada tiene que perder en el desistimiento; gana con él, puesto que por el desistimiento su título deja de estar amenazado, vuelve á toda su fuerza. Síguese de esto que no tiene derecho ni interés en consentir el desistimiento. Por esto es por lo que la ley exige el consentimiento de los acree-

dores sin hablar del nuevo propietario. La doctrina está en este punto acorde con la jurisprudencia. (1)

534. La ley exige el consentimiento de todos los acreedores para la validez de la postura. Esta es la regla. Recibe excepciones que resultan de los principios generales. Pothier señala una. El postor, dice, queda descargado de su postura cuando la cosa llega á perecer antes de la adjudicación. Esta es la consecuencia de los principios que rigen la promesa de compra; esta oferta implica la existencia de la cosa en la que recae; cuando la cosa perece sin culpa del deudor éste queda librado de su obligación, pues es imposible comprar lo que ya no existe. Lo mismo sucede, dice Merlin, si la cosa llegara á perecer parcialmente; (2) el acreedor ofrece un precio más elevado de un vigésimo por el inmueble, tal cual existe cuando la postura; pero si el bien no existe ya en su integridad cuando debe hacerse la adjudicación puede prevalecerse del principio establecido por el art. 1601 abandonando la venta.

Hay un segundo caso en el que el postor puede desistirse de su postura: es cuando ésta es nula. La Corte de Angérs lo decidió así en un caso en el que el postor no había presentado caucionante. Resultaba que la requisición era nula; desde luego los acreedores no tenían ningún interés en oponerse al desistimiento; estaban, al contrario, interesados en que la postura no tuviera requerimiento, puesto que hubiera ocasionado retardos en el procedimiento de la purga. Por su parte el tercer adquirente no tenía interés en atacar el desistimiento, puesto que consolidaba su adquisición. En cuanto al postor tenía un evidente interés en desistirse, puesto que continuando el procedimiento se expo-

1 Denegada, 24 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 202). Martou, t. IV, página 192, núm. 1559. Pont, t. II, p. 634, núm. 1385.

2 Pothier, De la Venta, núm. 494. Merlin, Repertorio, en la palabra Subasta, pfo. I, núm. 3. Martou, t. IV, p. 189, núm. 1551.

nía á gastos inútiles. (1) Hay, sin embargo, un motivo de duda. Según la sutileza del derecho las actas nulas producen los efectos jurídicos que se ligan al acta válida mientras que la anulación no ha sido pronunciada; la postura, aunque viciada, no es radicalmente nula como lo dice la Corte; es decir, inexistente; es solamente nulificable; y mientras que no ha sido anulada obliga al postor; luego éste no puede desistirse de ella sino con el concurso de voluntades de los demás acreedores. Tal es también nuestra opinión.

535. ¿Cuál es el efecto de la nulidad de la postura? Se trata de saber quién puede pedir la nulidad. La cuestión no deja de tener dificultades. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en sentar en principio que las notificaciones prescriptas en materia de postura son substanciales; lo que es evidente, puesto que la ley pronuncia la nulidad. Se dice también que el cumplimiento de las formalidades es indivisible; lo que es igualmente seguro, puesto que basta que una de las formalidades, por secundaria que sea, no haya sido observada para que la postura sea nula. Pero de esto no se sigue, como se dice, que cualquier interesado pueda oponer la nulidad. (2) La cuestión de saber quién puede prevalecerse de la nulidad de una acta jurídica depende del carácter de la nulidad; si es de orden público ó de interés general cualquier interesado puede hacerla valer; mientras que si es de interés privado sólo aquellos en cuyo interés fué establecida tienen calidad para oponerla. No creemos que exista un interés público comprometido en el debate: la postura está organizada para resguardar los derechos de los acreedores hipotecarios, lo que es un interés privado; por esto es por lo que la ley permite á los acreedores desistir-

1 Agén, 17 de Agosto (6 Abril) de 1816 (Daloz, en la palabra Subasta, número 263). En el mismo sentido, Martou, t. IV, p. 180, núm. 1559, y Pont, tomo II, p. 635, núm. 1386.

2 Chauveau según Carré, núm. 2489. Burdeos, 11 de Marzo de 1841 y 10 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra Subasta, núm. 222).

se sin el concurso de nadie. Debe, pues, verse por interés de quién prescribió la ley las formalidades de la postura. Es, desde luego, en favor del nuevo propietario; es verdad que es en su interés por lo que la ley exige una postura de un vigésimo, y es igualmente evidente que la postura está dirigida contra él; tiende á expropiarlo, tiene derecho é interés en mantener su título contra quien lo ataca. Esta es la razón por la que la ley quiere que la postura esté notificada al tercer adquirente. La misma notificación, dice el art. 115 (Código Civil, art. 2185), debe hacerse al precedente propietario y al deudor principal; esto está prescripto bajo pena de nulidad. La postura, en efecto, los expone á recursos; tienen, por esto mismo, el derecho y el interés de contestar su validez. ¿Lo pueden cuando se trata de una formalidad que no fué establecida en interés del que promueve la nulidad? Esta es una nueva dificultad. Aquí interviene el principio de la indivisibilidad que la doctrina y la jurisprudencia admiten. La postura está sometida á una serie de formalidades, todas prescriptas bajo pena de nulidad. ¿Se puede dividir las en el sentido de que se distinguieran las formalidades exigidas en interés del adquirente y las que están establecidas en interés del precedente propietario ó del deudor principal? Esto sería distinguir donde no distingue la ley. Esta quiere que el requerimiento, en su conjunto, esté conforme á sus prescripciones; es este requerimiento, válido en todas sus partes, el que debe notificarse á las partes interesadas; la consecuencia es que cada uno puede prevalecerse de la inobservancia de una formalidad cualquiera prescripta para la validez del acta. Así lo que se llama indivisibilidad de la postura no es más que la aplicación del principio que prohíbe al intérprete introducir en la ley distinciones arbitrarias. El adquirente puede, pues, prevalecerse de una causa de nulidad que se encuentre en

el acta que le fué notificada y recíprocamente. (1) Esta última nos parece excesiva; hacemos constar la opinión general sin discutirla, porque la materia es de procedimientos.

536. ¿Cuál es el efecto de la anulación de la postura? Es, desde luego, el efecto de toda nulidad: la postura está considerada como si no hubiera sido hecha. Pero nada impide que el acreedor cuya postura fué anulada haga una nueva. La nulidad no es un decaimiento, procede del no cumplimiento de las formas prescriptas por la ley. Libre el acreedor al renovar las formalidades conformándose á la ley sólo hay una condición requerida: es la de que se encuentre aún en el plazo de cuarenta días, después de cuyo vencimiento la postura no puede ya ser admitida. Por identidad de razones los demás acreedores pueden hacer una postura bajo las mismas condiciones. (2)

*Núm. 10. De la puesta en venta.*

537. La requisición del acreedor postor tiende á llevar el inmueble á subasta pública. ¿Quién puede perseguir la venta? El Código Civil (art. 2187) decía que la reventa tendría lugar á pedimento del acreedor que la requiriera ó del nuevo propietario. Aunque nuestra Ley Hipotecaria no reproduzca esa disposición es cierto que siempre debe recibir su aplicación. En cuanto al acreedor postor no se necesita decir que á él le corresponde hacer las diligencias necesarias para la reventa, puesto que él la requirió y se comprometió á llevar el precio del inmueble á un vigésimo más del valor ofrecido por el nuevo propietario. Este también tiene interés y derecho en perseguir la venta; el remate lo amenaza despojar. En fin, todo acreedor inscrip-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 531 y nota 94, pfo. 294. Martou, t. IV, p. 125, núm. 1450.

2 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 531, nota 95. P. d. D. TOMO XXXI—69

to se puede hacer subrogar á la persecución si el postor descuidara promover. El remate es un negocio común; aprovecha á todos los acreedores; cada uno de ellos debe, pues, tener el derecho de darle prosecución, sin la cual estarían privados del beneficio del remate y su derecho perecería cuando la ley quiere resguardarlo. Este derecho fué consagrado en Bélgica por la ley de 15 de Agosto de 1854 (artículo 97) y en Francia por la de 2 de Junio de 1841 (artículo 833 del Código de Procedimientos revisado).

538. El remate tiende á la reventa del inmueble. Hasta que tenga lugar la adjudicación el tercero detentor queda propietario; se persigue contra él la reventa, es su cosa la que se pone á remate. Acerca de este punto todos están de acuerdo, aun la jurisprudencia, que admite que la propiedad del tercer adquirente se resuelve por la adjudicación; (1) volveremos á esta opinión que la doctrina rechaza por lo general. Aunque se le admitiera queda verdad decir que el tercer adquirente conserva todos sus derechos, como todo propietario, bajo condición resolutoria. ¿Cuáles son esos derechos.

539. ¿Puede el tercero detentor impedir la reventa desinteresando á los acreedores? Ese derecho no es dudoso. El remate del inmueble es el ejercicio de la acción hipotecaria de los acreedores inscriptos; tiende á la enajenación del inmueble que es su prenda y á la distribución del precio en el orden de las inscripciones, y el tercer adquirente les ofrece el pago de lo que se les debe sin que tengan que reportar ningún gasto. Se trata, recuérdese, de ofertas reales hechas al contado; una oferta semejante da á los acreedores lo que piden, no tienen ni interés ni derecho á rechazarla. Es verdad que la ley no lo dice, como lo hace con el tercero detentor que cede (art. 101; Código Civil, artículo 2175), pues era inútil que lo dijera. El tercer adquirente

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 533, nota 103, pfo. 294.

puede, en caso de necesidad, invocar el principio general que permite á todo tercero no interesado pagar la deuda del deudor (art. 1236); y está interesado en ello, puesto que es el medio de conservar la propiedad del inmueble. Se podría objetar que comenzó por ofrecer su precio, ¿pero qué importa? Ha usado de un derecho al ofrecer su precio; si no aceptan los acreedores su oferta puede usar de otro derecho que tiene igualmente por la ley y que está interesado en ejercer. (1)

540. Otra consecuencia del mismo principio es que el inmueble perece y se deteriora para el tercero detentor. Se debe aplicar lo que hemos dicho de la cesión (núm. 297) La situación es idéntica. Es un tercero detentor el que está perseguido hipotecariamente; apesar de esa promoción queda propietario; por tanto, la cosa perece para él en el sentido de que no podrá recurrir á la garantía por causa de evicción, porque no está despojado ó que su recurso estará disminuido por la pérdida parcial. La Corte de Casación consagró ese principio fundándose en el carácter de la propiedad del tercer adquirente sujeta, conforme á su doctrina, á una condición resolutoria; y el propietario bajo condición resolutoria sufre el caso fortuito. (2) Aceptamos la decisión, pero repudiamos el motivo; la condición resolutoria imaginada por la jurisprudencia no tiene ningún fundamento, ni en los textos, ni en los principios, como lo diremos más adelante.

541. En los términos del art. 117 la reventa tiene lugar según las formas establecidas por el Código de Procedimientos Civiles. Se estuvo de acuerdo, cuando la discusión de la Ley Hipotecaria en la Cámara de Representantes, en que dichas formas se debían modificar; y atendiendo que el

1 Denegada, 3 de Febrero de 1808; Orleáns, 26 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra Remate, núms. 266 y 264, 2.º) Aubry y Rau, t. III, p. 533 y nota 104, pfo. 294.

2 Casación, 12 de Febrero de 1828. (Daloz, en la palabra Remate, núm. 270).