

Código de Procedimientos fué revisado se insertaron entre las disposiciones transitorias los arts. 13 y 14, conforme á los cuales la reventa no debía hacerse judicialmente sino en las formas sencillas de la ley de 12 de Junio de 1816. La ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada arregló definitivamente esa materia disponiendo que la venta se haría ante un notario comisionado por la sentencia que admite al caucionante.

542. El tercero detentor puede hacerse adjudicatario. En ese caso nace la cuestión de saber si debe transcribir el acta de adjudicación. El art. 119 decide la dificultad en estos términos: «El adquirente ó el donatario que conserva el inmueble del remate presentándose como último postor no está obligado á transcribir la sentencia de adjudicación.» Se podría haber dicho que el acta de adjudicación es una acta translativa de propiedad y que, por tanto, há lugar á transcribirla en virtud de la disposición general del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria. Se contesta que la adjudicación no hace más que confirmar (1) la primera adquisición; siempre sucede que hay dos actas translativas de propiedad y que sólo es en virtud de la segunda por lo que el tercero detentor queda propietario; había, pues, una duda y el legislador hizo bien de aclararla. Se concibe por lo demás que sea inútil anunciar á los terceros que el adquirente quedó propietario cuando ya su derecho de propiedad se había hecho público por la transcripción de la primera acta. En definitiva, no hay mutación de propiedad, y es sólo en caso de mutación cuando es necesaria la transcripción.

El art. 119 habla erróneamente de la *sentencia* de adjudicación, puesto que en virtud de las disposiciones transitorias que acabamos de recordar (núm. 541) la adjudicación se hace ante notario, y esas disposiciones hoy son definiti-

1 Martou, t. IV, p. 235, núm. 1545. Pont, t. II, p. 635, núm. 1333.

vas. Aun hay otra incorrección en el art. 119. La ley sólo menciona al *adquirente* y al *donatario*, y es seguro que se aplica á todo tercero detentor, á cualquier título que se haya hecho propietario.

543. El art. 121 (Código Civil, art. 2191) se refiere también al tercero detentor que se hace adjudicatario. «Tiene de derecho recurso contra el vendedor para el reembolso de lo que exceda al precio estipulado en su título, y por interés de ese excedente, á contar desde el día de cada pago.» Esta es la aplicación de los principios que rigen la garantía. Al tercer adquirente, aunque quede propietario y que no haya dejado un instante de serlo, se le despoja, sin embargo, porque no conserva la cosa en virtud de su título primitivo; ese título no lo protegería contra la evicción, puesto que el detentor de un inmueble hipotecado estaba sujeto á la evicción por la misma consecuencia de su adquisición, y la reventa en el remate realmente lo habría despojado si no se hubiera hecho adjudicatario. Estando despojado tiene una acción en garantía que le da derecho á los daños y perjuicios. Puede repetir la parte del precio que excede á lo que se había obligado á pagar al vendedor y además el interés de ese excedente contándose desde el día de cada pago; la privación del goce es para él un perjuicio que sufre por la evicción legal que ha sufrido; tiene, pues, derecho por ese punto á una reparación.

El art. 121 no habla más que del adquirente; entiende por esto todo adquirente á título oneroso que tenga derecho á la garantía. En cuanto á los donatarios y legatarios no tienen recurso en garantizar contra el donante ó contra los herederos deudores del legado; pero cuando pagan la deuda como detentores de un inmueble hipotecado pueden invocar la subrogación en virtud del art. 1251, que subroga los derechos de aquellos que pagan la deuda de un tercero

cuando están obligados con él ó por él. Traducimos á lo dicho acerca de la cesión (núm. 324).

544. El inmueble puede adjudicarse á un tercero. ¿Cuál es el efecto de esa adjudicación en lo relativo al tercero detentor despojado? ¿Se trata de saber si la evicción es una resolución de modo que se considere al adquirente no haber nunca sido propietario? La negativa es tan segura que cuesta trabajo comprender por qué la jurisprudencia no se ha pronunciado por la opinión contraria. No hay más condición resolutoria que la que las partes estipulan ó que la ley subentiende. El contrato en virtud del que el tercero adquirente posee ¿se ha hecho bajo condición resolutoria? Nó. ¿Sólo entiende la ley una condición resolutoria? Nó. Luego es una adquisición pura y simple y, por consecuencia, el tercero detentor es propietario desde que se hace la adjudicación. ¿En virtud de qué principio tendrá dicha adjudicación un efecto resolutorio? Es una venta forzada que hoy se hace ante un notario y que bajo el imperio del Código se hacía ante el juez. ¿Qué importan las formas? La adjudicación es esencialmente una venta, y ¿resuelve la venta los derechos del vendedor como si no hubieran existido nunca? La cuestión no tiene sentido. ¿Acaso tiene algo de particular la venta hecha á promoción de los acreedores hipotecarios? Cuando la persiguen directamente es una expropiación forzada. Y el Código Civil y la ley belga dicen terminantemente que la adjudicación deja subsistir las hipotecas consentidas por el tercero detentor; luego su derecho no está resuelto, como no lo está el derecho del que vende voluntariamente su cosa (art. 105; Código Civil, art. 2177). Lo que es verdad para la expropiación forzada ¿no lo sería para la venta en remate en caso de purga? En vano se buscaría una diferencia. En uno y en otro caso hay una venta á causa de la acción hipotecaria: ¿por qué en un caso tendría esta ven-

ta efecto resolutorio mientras que en el otro no resolvería el derecho del tercero adquirente?

Los motivos que la Corte de Casación da para justificar esa distinción son de extremada debilidad. (1) ¿Cómo sucedería de otro modo cuando la distinción es imaginaria? «El remate por enajenación voluntaria, dice la Corte, es una *protesta* contra el contrato de enajenación que los acreedores juzgan no haber realizado el valor de su prenda y que se niegan á *ratificar*.» ¡Una protesta! Si se preguntara á la Corte de Casación cuál es la ley ó principio que autoriza á los acreedores á *protestar* contra una enajenación perfectamente legítima? ¿Si se le preguntara en virtud de qué ley ó de qué principio los acreedores tienen el derecho de *ratificar* una venta que el deudor puede hacer sin su consentimiento y que el comprador puede consentir á pesar de ellos? ¿Se *ratifica* cuando no se tiene el derecho de *consentir*?

Hasta aquí sólo vemos palabras, disputas sin significado como sin fundamento jurídico. Continuemos: «Al formalizar un remate los acreedores lejos de *reconocer* la propiedad del tercero detentor se apegan directamente al título del que deriva para él.» No preguntaremos ya á la Corte de Casación en qué apoya el derecho imaginario que permite á los acreedores hipotecarios *reconocer* ó *atacar* la propiedad del tercero detentor: ¿le preguntaremos si es verdad que los acreedores que rematan atacan el título en virtud del cual el tercer adquirente se ha hecho propietario? Para que un *título* pueda ser *atacado* se necesita que esté *viciado*. ¿Cuál es el vicio de que adolece el título del nuevo propietario? ¿Qué vicio tiene el título del nuevo propietario? Es legatario, donatario, declara el valor de la cosa y la ofrece á los acreedores inscriptos; éstos la rechazan y requieren el remate del inmueble; es decir, persiguen

1 Véanse las sentencias de 12 de Noviembre de 1834, 28 de Marzo de 1843, 10 de Abril de 1848 y las demás sentencias citadas por Pont, t. II, p. 639, número 1395, nota 1; Aubry y Rau, t. III, p. 535, notas 109 y 110.

al tercero detentor en virtud de su derecho hipotecario. ¿Se llama á esto *atacar* el título, *donación* ó *testamento*? La cuestión no tiene sentido. Si es en virtud de una venta como el tercero detentor se convierte en propietario preguntaremos una vez más si los acreedores, al requerir el remate, entienden *atacar el título*. ¿Por qué punto lo atacarán? Porque el precio que en él se dice no representa el verdadero valor del inmueble. ¿Acaso un precio que los acreedores creen insuficiente vicia la venta? Si hubiera un vicio y si los acreedores *atacaran* el título deberían promover la nulidad: ¿proceden así? Requieren el remate del inmueble; lejos de atacar la venta la respetan; únicamente piden que la cosa se revenda, porque el ofrecimiento del tercero detentor no es suficiente, y tienen derecho, en virtud de su hipoteca, al valor total del inmueble.

No es así como la Corte de Casación lo entiende. «La acción de los acreedores, según ella, tiene por *objeto* y debe tener por resultado necesariamente hacer *decaer el título del tercero detentor* y de substituirlo en un nuevo contrato que pasará *sin intermediario* la propiedad de manos del deudor á las del *adjudicatario*.» La consecuencia es digna de las premisas. Es un nuevo derecho que el Código Civil no conoce, y ese derecho imaginario está en oposición con los principios más elementales; *La acción de los acreedores hace decaer el título del tercero detentor!* De esta manera cuando el tercero posee como legatario el legado *decae*. Hé aquí una caducidad que ignoran nuestras leyes y que es invención de la Corte. Si el título del tercero detentor *decae* ¿quién transferirá la propiedad al adjudicatario? El *deudor*, dice la Corte, que sin intermediario pasa la cosa á manos del tercero detentor. En la especie el deudor es el testador. ¡Es, pues, el testador el que cuando la adjudicación transfiera directaménte la propiedad al adjudicatario! Es decir, que resucita para transmitir la propiedad de la cosa. Se

nos dirá que la Corte de Casación no pensó en los legados. Sea; debió haberlo hecho y entonces se debió detener ante el absurdo á que conduce su jurisprudencia. Su doctrina no es, por lo demás, más verdadera en el caso de venta que en el de legado. El tercer adquirente se hace propietario incommutable en virtud de su título: él es el único que como propietario puede transmitir la propiedad al adjudicatario. El antiguo propietario, que la Corte llama deudor, ha dejado de ser propietario, y ¿por qué rara ficción renacería su derecho? Volvamos un instante á la comparación que hicimos del tercero detentor contra el que los acreedores requieren el remate y el tercero detentor que abandona por la promoción de los acreedores. Su situación es idéntica. Para convencerse basta leer el art. 97 (Código Civil, artículo 2167). El tercero detentor que purga es también el tercero detentor que puede abandonar; los acreedores que figuran en la purga son también los que notifican al tercero detentor á abandonar ó á pagar; la promoción conduce en una y otra hipótesis á la expropiación cuando los acreedores ejercen el remate. ¿Y se quiere que la adjudicación que termina en uno y otro procedimiento tenga un efecto distinto en una situación idéntica, según que el tercero detentor purgue á abandone! Donde las partes el derecho y el objeto es el mismo el efecto también es el mismo; el buen sentir lo dice, lo mismo que el derecho. Esta es la opinión de la mayoría de los autores; (1) nos sorprende que Martou se coloque del lado de la jurisprudencia sin discutir siquiera la cuestión y sin dar un motivo de su opinión.

545. Si se admite el principio que acabamos de establecer la consecuencia que de él se desprende no se podría contestar. Se supone que después de pagar á los acreedo-

1 Véanse las sentencias citadas en la p. 551, nota 1.

res inscriptos queda un saldo; ¿a quién pertenece? En nuestra opinión la cuestión no se debe ni sentar. El precio pertenece al propietario, y es el tercero detentor el que es propietario; luego el excedente le pertenece como al tercero detentor que abandona (núm. 362). En la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado es el propietario precedente, deudor principal, el que enajena; es, pues, á él, es decir, á sus acreedores quirografarios, á quienes pertenece el saldo del precio. Todo en esta opinión es ilógico, contradictorio, bizarro (la palabra no es nuestra). Se trata de un tercero detentor; puede tomar muchos partidos: purgar, abandonar ó dejarse expropiar. Se deja expropiar ó abandona, no hace nada para evitar la evicción y, sin embargo, si queda un saldo después de desinteresados los acreedores tiene derecho á él. Purga y ofrece á los acreedores su precio, salvo que éstos usen del derecho de remate, y sino usan de él el saldo no les pertenecerá. ¿Los Sres. Aubry y Rau se han engañado al calificar ese derecho de inexplicable bazaría? No es eso todo. ¿Cuáles son los acreedores que figuran en la purga como en toda acción hipotecaria? Los acreedores inscriptos; es decir, los hipotecarios; en cuanto á los acreedores quirografarios son del todo extraños á un procedimiento seguido contra el tercero adquirente, puesto que no tienen ningún derecho contra él. ¿Y se quiere que dichos acreedores tengan derecho al producto de una acción que no tienen derecho á formar! Todavía no es todo. Se niega al tercer adquirente la calidad y los derechos del propietario cuando se trata del precio de la cosa que le ha pertenecido en razón de que se le considera no haber tenido nunca la propiedad y, por otra parte, se le concede un recurso en garantía contra su vendedor. Nueva contradicción. ¿A qué título tendrá el comprador derecho á la garantía? El vendedor se comprometió á hacerlo propietario, y falta á ese compromiso en el sentido de que le transmite una cosa gravada con

derechos reales que conducen á la evicción. Es, pues, á título de propietario despojado por lo que el tercero detentor puede promover la garantía. De esta manera el tercer adquirente es propietario y no lo es. Si la venta se resuelve de modo que el nuevo propietario se considere no haberlo sido nunca ¿con qué derecho tendrá una acción en garantía? Y si la tiene porque su título no está resuelto ¿por qué se le niega el excedente que queda del precio de su herencia? (1)

546. El tercero detentor despojado por el remate había constituido hipotecas en el inmueble. ¿En qué se convierten después de la adjudicación? Acerca de ese punto hay disenso entre los autores. En la opinión que hemos enseñado se debe contestar, sin ninguna duda, que subsisten las hipotecas. En efecto, el tercero detentor ha sido propietario aunque haya sido despojado; la evicción procede no de un propietario contra un pesesor que no lo es sino de un acreedor hipotecario contra el propietario; es en virtud del derecho hipotecario y no en virtud de una acción de reivindicación por lo que está despojado el tercero detentor. Ha sido, pues, propietario y queda propietario hasta el momento de la adjudicación. Lo que es decisivo. A título de propietario tuvo el derecho de conceder las hipotecas como todo comprador; esas hipotecas subsisten lo mismo que las consentidas por todo comprador cuando se revende el inmueble. La venta no amenaza las hipotecas establecidas por el que vende; esto es elemental. Hay un texto que lo decide terminantemente: es el del art. 105 (Código Civil, art. 2177). El tercero detentor está expropiado; ¿en qué se convierten las hipotecas que ha consentido? Subsisten, dice la ley. Y la situación del tercero detentor rematado es la misma si siempre hay un tercer adquirente expropiado á causa de una acción hipotecaria; luego

1 Aubry y Rau, t. III, p. 535, nota 110, pfo. 294.

la decisión debe ser idéntica; hay más que analogía, hay identidad.

Sin embargo, se prevalecen de esa misma disposición para inducir que habiendo mantenido las hipotecas en caso de expropiación y no habiendo hecho en caso de remate se debe decidir que decaen cuando el tercero detentor está recusado. Esta es una argumentación *a contrario* y de la peor especie. Es reglamentario que no se puede uno prevalecer del silencio de la ley; en otros términos: el argumento *a contrario* es admisible cuando está en armonía con los principios y se le debe desechar cuando está en oposición con ellos. Y la interpretación que se da al art. 2177 (Ley Hipotecaria, art. 105) es más que contraria á los principios, está en oposición con el texto de la ley, puesto que esta disposición es aplicable al remate en virtud del art. 2167 (Ley Hipotecaria, art. 97). La cesión y el remate son la consecuencia de un solo y mismo derecho: del derecho hipotecario. Se debe, pues, decir que el art. 1277 es aplicable al remate por identidad de motivos, lo que excluye toda argumentación fundada en el silencio de la ley; no hay silencio de la ley, pues ha hablado en los arts. 2167 y 2177. Las contradicciones abundan de nuevo en la opinión contraria. ¿Qué es la purga? Una garantía para los terceros adquirentes, un medio de consolidar sus derechos. Pues bien, se la devuelve contra ellos al declarar nulificadas las hipotecas que han consentido. Esto es quitarles el derecho de disposición ligado á toda propiedad cuando la purga debiera consolidar su propiedad. ¿Y, por otra parte, se respeta esta propiedad en poder del tercero detentor que abandona! La contradicción es palpable. Creemos inútil insistir. No debiera haber controversia cuando la ley ha hablado, y habló en los arts. 2167 y 2177.

Hay autores que hacen más fácil la tarea. Troplong declara que las hipotecas caen porque el derecho de propiedad

del tercero detentor está resuelto; ni un motivo más, como si la resolución fuera un axioma. Grenier imagina una solución con restricciones; es decir, una condición resolutoria que resuelve y no resuelve. Esto es pura arbitrariedad, y mala arbitrariedad. La ley sólo conoce una resolución: la que vuelve á colocar las cosas en el mismo estado que tenían antes del contrato; como si éste no hubiera existido nunca (art. 1183); luego no hay lugar á distinguir: los derechos del tercer adquirente están resueltos por entero ó no lo están. Estas hesitaciones, estas distinciones arbitrarias, sólo prueban una cosa: es que la opinión que combatimos es extralegal; digamos la palabra: contraria á la ley así como á todo principio. (1)

547. ¿Debe el tercero detentor devolver los frutos que percibió? Ya hemos dicho cuánta incertidumbre hay en la doctrina y en la jurisprudencia, acerca de la restitución de los frutos, cuando hay una condición suspensiva ó resolutoria (tomo XVII, núms. 84, 85 y 154). En la materia de posturas estas incertidumbres y estos debates se reproducen. Si se atiene uno á los textos y á los principios la decisión es muy sencilla, y puede decirse que es evidente precisamente porque hay textos y principios incontestables. ¿A quién pertenecen los frutos? Al propietario (art. 547). Y el tercero detentor es propietario; la ley le da este nombre, siempre lo llama el *nuevo propietario* (arts. 110, 111, 115, 116 y 122); luego gana los frutos. ¿Debe restituirlos cuando hay postura? ¿A qué título tiene que restituirlos? ¿Porque está resuelto su derecho de propiedad? La ley no dice que está resuelto, dice más bien lo contrario; el art. 118 dice que el adquirente ó el donatario está *desposeído*; es decir, vencido por una acción hipotecaria. ¿Resuelve una acción hipotecaria el derecho del propietario vencido? El art. 105 (Código Civil, art. 2177) dice claramente lo contrario, puesto que mantie-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 536, nota 111, pfo. 294.