

§ II — DE LA CANCELACION VOLUNTARIA.

Núm. 1. Condiciones.

153. «Las inscripciones están rayadas por el consentimiento de las partes interesadas que tienen capacidad para ello» (art. 92; Código Civil, art. 2157). Es necesario el consentimiento porque la cancelación voluntaria es un acto de voluntad, luego de consentimiento. ¿Quién tiene que consentir? La ley dice: *las partes interesadas*. ¿Quiere esto decir que el acreedor y el deudor deban consentir, el deudor estando interesado en obtener la cancelación y el acreedor teniendo interés en concederla? No; la cancelación no exige para su validez que una convención intervenga entre el deudor y el acreedor, es una acta unilateral; así como la inscripción se hace por sólo la voluntad del acreedor, así también la cancelación se hace con sólo su voluntad. (1) El texto está redactado en este sentido. Según el art. 93 (Código Civil, art. 2158) los que requieren la cancelación depositan en la oficina del conservador copia del acta auténtica de su consentimiento; basta, pues, con una simple declaración de consentimiento para que el conservador tenga que operar la cancelación. Otra es la cuestión de saber cuál es la naturaleza del hecho jurídico que pasó entre el deudor y el acreedor. Será una convención á título oneroso ó á título gratuito si la cancelación fué concedida á consecuencia de un concursó de voluntades. De hecho siempre pasará así cuando la cancelación está consentida antes que el crédito esté extinguido, pues un acreedor no tomará la iniciativa de una cancelación que le quita cuando menos su rango de prioridad. Si el crédito está extinguido no há lugar á una convención puesto que el acreedor, está obligado

1 Casación, 4 de Enero de 1831 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2722, 2.º) Bruselas, 16 de Diciembre de 1857 (Pasicrisia, 1858, 2, 81). Martou, tomo III, p. 275, núm. 1213.

á consentir la cancelación; en este caso su consentimiento es un acto unilateral para con todos. La convención que interviene entre el acreedor y el deudor es extraña á los terceros; para con éstos basta el acta unilateral por la que el acreedor declara consentir la cancelación. Diremos más adelante cuál es el efecto de la cancelación y si el acreedor puede revocar su consentimiento.

154. La ley dice que la cancelación tiene que ser consentida por las partes interesadas. ¿Quién es parte interesado en esta materia? Es aquella en cuyo interés fué tomada la inscripción, ó sus legatarios, herederos y cesionarios. Sólo el que tiene un derecho puede renunciarlo. Cuando el acreedor originario que figura en la inscripción ha transmitido su derecho sus sucesores tienen que justificar su calidad. La ley lo dice del cesionario y exige que justifique su personalidad por acta auténtica de cesión para cubrir la responsabilidad del conservador. Es un acto muy grave la cancelación, puesto que hace perder al acreedor su lugar, y perdiendo su lugar pierde amenudo su garantía hipotecaria. Si una persona que no tiene calidad requiere la cancelación el conservador tiene que negarla, bajo pena de responsabilidad por el perjuicio que resulte al acreedor, como lo diremos en el capítulo que trata de la responsabilidad del conservador. La ley no dice cómo los herederos ú otros sucesores universales ó á título particular justificarán su calidad. Si el acta de consentimiento no contiene la justificación de la calidad del que consiente la cancelación el conservador tiene el derecho de exigir al requirente que le ministre la prueba de que la cancelación fué consentida por quien tenía derecho. El principio es incontestable; volveremos más adelante á las dificultades que presenta en la aplicación. Fué sentenciado, y esto es evidente, que el consentimiento dado por algunos herederos que se hacen responsables de los demás no liga á éstos; nadie puede renunciar un derecho que no

le pertenece. El conservador había creído poder operar la cancelación en virtud de esta acta incompleta, pero el adquirente se negó á pagar el precio mientras que el consentimiento de todos los herederos en la cancelación no le fuera presentada; y la Corte de Bourges acogió esta pretensión perfectamente legítima. (1)

155. Cualquiera parte interesada no puede consentir una cancelación; es necesario, dice el art. 92 (Código Civil, artículo 2157), que tenga capacidad para ello. Es preciso distinguir cuál es la naturaleza del acta en virtud de la cual se hace la cancelación y cuál es su objeto. Ordinariamente la cancelación está consentida después de pagada la deuda; en este caso la cancelación es forzada más bien que voluntaria en el sentido de que el acreedor que recibió el pago puede ser obligado á borrar la inscripción, puesto que recibió el pago que extingue la deuda y, por consiguiente, la hipoteca que la garantiza; desde luego la inscripción no tiene ya causa legal, debe desaparecer á pedimento de todos los que tienen interés en ello. En esta primera hipótesis la capacidad de que habla el art. 92 (Código Civil, art. 2157) está requerida para la validez del pago, pero no hay capacidad especial exigida para consentir la cancelación. El que la consiente no hace una acta de disposición; no tiene, pues, que tener la capacidad de enajenar; tampoco se obliga al consentir la cancelación; no tiene, pues, que tener capacidad para obligarse; en definitiva, no tiene que tener ninguna capacidad, puesto que hace una acta que es la consecuencia forzada del pago, y suponemos el pago válido. (2)

156. No sucede lo mismo si la cancelación está consentida antes que la deuda esté extinguida. En este caso hay que ver cuál es el objeto y efecto de la cancelación. Si se hace

1 Bourges, 25 de Mayo de 1824 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2709, 1.º)

2 Durantón, t. XX, p. 291, núm. 183. Pont, t. II, p. 447, núm. 1077.

en virtud de una remesa de deuda á título gratuito hay liberalidad y, por consiguiente, el acreedor tiene que tener la capacidad de dar; hay que agregar que el deudor que aprovecha la renuncia debe tener capacidad para recibir á título gratuito. Esta no es la hipótesis prevista por el art. 92 (Código Civil, art. 2157); éste supone que la cancelación tiene por único objeto borrar la inscripción, de modo que en principio la hipoteca misma subsiste; el acreedor, al consentir la cancelación, renuncia su derecho de preferencia y su derecho de prosecución. ¿Cuál es la capacidad requerida para esto? Se dice que el acreedor que consiente en cancelar la inscripción dispone directamente del crédito; esto es muy absoluto; permanece acreedor, conserva aún su hipoteca, salvo las restricciones que resultan del derecho común; no hace, pues, ninguna enajenación. Pero arriesga perder su crédito renunciando las ventajas que le daba su inscripción, pierde su derecho de preferencia, será prevaletido por el acreedor que tome inscripción después de la cancelación de su propia inscripción. Aquel que renuncia las garantías que le aseguran su pago dispone indirectamente del crédito.

Se dice ordinariamente que la cancelación consentida por el acreedor implica también una disposición del derecho hipotecario y, por tanto, una enajenación de un derecho real inmobiliario. (1) Esto es también demasiado absoluto. Si al consentir la cancelación la intención del acreedor es renunciar la hipoteca la consecuencia es evidente; para consentir semejante cancelación hay que tener la capacidad de enajenar un derecho mobiliario. Pero si el acreedor entiende mantener su hipoteca y renunciar sólo su derecho de prosecución ó su derecho de preferencia no se puede decir que enajena un derecho inmobiliario, pues conserva su hipoteca; arriesga únicamente tener una hipo-

1 Pont, t. II, p. 446, núm. 1075. Martou, t. III, p. 248, núm. 1188.

teca ineficaz en el sentido de que compromete el cobro de su crédito. ¿Qué capacidad se necesita para renunciar el derecho de preferencia y el de prosecución? El acreedor, arriesgando perder su crédito, dispone de él indirectamente; tiene, pues, que tener capacidad de enajenar sus derechos inmobiliarios. (1)

Nuestra decisión está aún incompleta. Hay que ver á qué título dispone el acreedor del derecho mueble, si es á título oneroso ó á título gratuito. Si es á título gratuito tiene que tener capacidad de dar, puesto que hace una liberalidad; hay que agregar que el deudor tiene que ser capaz de recibir con igual título, pues toda liberalidad es una convención. Si, al contrario, el acreedor consintió la cancelación á título oneroso basta que tenga la capacidad de disponer con el título de sus derechos muebles.

I. *¿Quién puede consentir la cancelación después del pago de la deuda?*

157. La ley belga declara ciertas personas incapaces para contratar (art. 1124). ¿Resulta de esto que por esto mismo son incapaces de consentir la cancelación de una hipoteca después que la deuda fué válidamente extinguida? No, pues al consentir la cancelación en tales circunstancias no contratan, no se obligan. No hablamos de los menores no emancipados y de los interdictos, éstos están representados por sus tutores; diremos más adelante si éstos tienen la capacidad que la ley exige para consentir la cancelación. Si un menor ó un interdicto consintieran la cancelación se aplicarían los principios que hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*; no estando el acta sometida á ninguna formalidad sería rescindible por causa de lesión (art. 1311) y no se ve que los incapaces puedan ser perjudicados por una

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 388 y siguientes, nota 11, pfo. 281.

acta que tendrán que hacer por fuerza á falta de un consentimiento voluntario.

158. En cuanto á los menores emancipados se debe distinguir. Tienen cierta capacidad; la ley les permite recibir sus rentas y descargarse; por consecuencia, podrán consentir la cancelación de la hipoteca si la deuda se hubiera extinguido por el pago que recibieron. Uno de nuestros buenos autores sienta sobre este punto el siguiente principio: El que puede pagar puede generalmente dar descargo de la hipoteca. (1) Esto no es exacto; no se trata de dar descargo, se extingue por efecto de la extinción de la deuda, y si lo estuviera el menor no tendría la capacidad para dar el descargo, puesto que sería renunciar un derecho real inmobiliario, y el menor emancipado no puede enajenar sus inmuebles (art. 484). Otra cosa es consentir la cancelación de la inscripción hipotecaria; ésta es la consecuencia forzada del pago; siendo éste válido la cancelación también lo es.

El menor emancipado no puede recibir un capital ni descargarlo sin la asistencia de su curador (art. 482). Si, pues, al recibir un capital consentía en la cancelación el todo sería nulo. Pero si recibiera un capital con la asistencia de su curador podría en seguida, sin esta asistencia, consentir la cancelación de la inscripción hipotecaria; esta es la consecuencia forzada del pago. (2)

Estando la capacidad del menor emancipado determinada por la validez del pago se sigue que el que requiere la cancelación debe probar que el pago se ha hecho válidamente. (3) Veremos este punto al tratar de los derechos del conservador.

159. Las mujeres casadas son en general incapaces para

1 Durantón, t. XX, p. 291, núm. 185.

2 Durantón, t. XX, p. 291, núm. 186. Pont, t. II, p. 447, núm. 1077.

3 Martou, t. III, p. 248, núm. 1188.

todo hecho jurídico. Sin embargo, las consecuencias matrimoniales pueden darle cierta capacidad. Así la mujer separada de bienes puede hacer todos los actos de administración sin autorización marital; su capacidad es mayor que la del menor emancipado; puede recibir no sólo sus rentas sino también sus capitales, y una vez extinguida la deuda la hipoteca lo está también; de donde se sigue que la cancelación es un acto forzado que la mujer puede consentir. También podría consentirlo si no tuviera la administración de sus bienes; su incapacidad no es absoluta como la del interdicto, y todo incapaz puede consentir un acto que esté forzado á hacer; si, pues, el marido recibiera un crédito propio de la mujer siendo válido el pago la cancelación que la mujer no autorizada consintiera también sería válida. Se puede asimilar este acto á un conservatorio; la mujer mejora su posición, puesto que se pone al abrigo de una promoción judicial cuyos gastos tendrá que pagar. (1)

Lo que decimos de la mujer separada de bienes se aplica también á la mujer dotal por sus créditos parafernales, puesto que los derechos de la mujer en cuanto á sus bienes parafernales son los de la mujer separada de bienes. (2)

160. Los administradores de los bienes ajenos pueden y deben consentir la cancelación desde que se extingue la deuda. Tienen poder para recibir las deudas, y una vez extinguida la deuda la inscripción debe desaparecer; los administradores tienen, pues, la capacidad requerida por la ley. Dijimos que deben consentir la cancelación; en efecto, á falta de cancelación voluntaria el deudor la pediría en justicia, lo que ocasionaría gastos infructuosos. (3)

1 Rouen, 13 de Enero de 1845 [Dalloz, 1845, 4, 107]. Lieja, 11 de Mayo de 1867 (Pasicrisia, 1867, 2, 353). Martou, t. III, p. 249, núm. 1189. Aubry y Rau, t. III, p. 387, nota 4, pfo. 281.

2 Turín, 19 de Enero de 1811 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 2692, 1.º)

3 Aubry y Rau, t. III, p. 387, nota 5, pfo. 281.

161. Este principio recibe su aplicación al tutor. Conforme al Código Civil tenía un poder absoluto para recibir lo que se debía al menor y, por consiguiente, tenía capacidad para consentir la cancelación de las inscripciones. Nuestra Ley Hipotecaria limitó su poder en lo relativo al reembolso de los créditos no exigibles ó de los créditos que vencían hasta después de la mayor edad del pupilo; no los puede recibir más que con asistencia del tutor subrogado; si los recibiera sin su asistencia el pago sería nulo, así como la cancelación que hubiera consentido. (1) Pero si el pago se hubiera recibido con la asistencia del tutor subrogado éste podría sin asistir consentir la cancelación; sería hasta su deber hacerlo, con el fin de evitar un juicio.

162. El marido, bajo el régimen de la comunidad, tiene una doble administración: administra la comunidad como señor y dueño y es, además, administrador de los propios de su mujer. Tiene á este título el poder de percibir los créditos que pertenezcan á la comunidad ó á la mujer; lo que le da el poder de consentir la cancelación; como administrador legal de los bienes de la mujer sería responsable si negándose á consentir el deudor lo persiguiera judicialmente.

El marido tiene además la administración de los bienes de la mujer bajo el régimen de exclusión de la comunidad y bajo el régimen dotal, con excepción de los bienes parafernales. Se debe, pues aplicar á estos regímenes el principio general que da á todo administrador el derecho de recibir y consentir la cancelación después que la deuda se ha válidamente extinguido. No hay más que un solo régimen, el de separación de bienes, en el que el marido no tiene ningún derecho á recibir lo que se le debe á la mujer, á menos que gire los bienes en virtud de un mandato; se le aplica entonces lo que dijimos del mandatario.

1 Martou, t. III, p. 249, núm. 1190.

II. *¿Quién puede consentir la cancelación cuando la deuda no está pagada?*

163. Dijimos que el consentimiento de la cancelación, cuando no se ha pagado la deuda, es un acto de disposición, lo que implica por parte del acreedor la capacidad de disponer. Pero se debe precisar cuál es el objeto de la disposición. Acerca de este punto hay alguna incertidumbre en la doctrina. Martou sienta en principio que es una enajenación de un derecho inmobiliario, puesto que la hipoteca es un derecho real inmobiliario. (1) Esto es muy absoluto; todo depende de la intención del acreedor. Si entiende renunciar á la hipoteca abdica, en efecto, un derecho inmobiliario; pero si sólo renuncia al derecho de preferencia que le da la inscripción conserva su hipoteca y tiene derecho á hacer nueva inscripción; casi se puede decir que, en este caso, dispone indirectamente del crédito; dispone, pues, no de un derecho inmobiliario sino de uno mobiliario. Aun se debe distinguir, como lo hemos dicho (núm. 156), si la renuncia es á título oneroso ó gratuito. La capacidad varía, pues, según las circunstancias. (2)

164. Queda por dicho que los menores é interdictos son incapaces para consentir una cancelación en tanto que no se pague la deuda; no pueden disponer de sus derechos mobiliarios ni de los inmobiliarios. En cuanto á los menores emancipados su capacidad de disponer está sujeta á controversia; nos trasladamos á lo dicho en el título sitio de la materia. En nuestra opinión no pueden enajenar, lo que lleva á la consecuencia de que no tienen la capacidad exigida por la ley para consentir la cancelación de una inscripción.

Martou enseña que el menor emancipado puede consen-

1 Martou, t. III, p. 248, núm. 1188.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 388, pfo. 281.

tir la cancelación de una inscripción con la asistencia de su curador; coloca en este punto al menor emancipado en la misma línea que al pródigo ó débil de espíritu. (1) Este puede, en efecto, enajenar con la asistencia de su consejo. Pero la ley no dice eso del menor emancipado sino lo contrario; el menor emancipado se asimila al no emancipado desde que se trata de actos distintos de los de pura administración (art. 483). Esto es decisivo; la cancelación consentida antes del pago de la deuda no es, seguramente, un acto de pura administración, puesto que los autores que combatimos dicen que es la enajenación de un derecho real inmobiliario; en esto son inconsecuentes, porque la ley no da al menor emancipado el poder para enajenar un derecho inmobiliario con la asistencia de su curador.

165. La ley contiene una disposición especial en favor de los menores. Todo contrato que se forma entre el tutor y el menor hecho mayor es nulo si no lo ha precedido la rendición de la cuenta de tutela (art. 472). La jurisprudencia aplica esta disposición al desembargo que hiciera el tutorado de la inscripción hecha en los inmuebles de su tutor para seguridad de sus derechos. (2) Además, dijimos que es dudoso (t. V, núm. 159). Con mayor razón la extensión del art. 472 al padre del administrador legales dudosa; la Corte de Bruselas la ha consagrado, sin embargo, pero en una especie muy desfavorable al padre, que había abusado de su autoridad para sorprender á sus hijos renunciaciones que les perjudicaban y en ventaja de él. (3)

166. La mujer casada puede enajenar sin autorización marital, luego no puede consentir una cancelación sin estar autorizada para ello. Conforme al art. 217 la mujer, aun separada de bienes, no puede enajenar; sin embargo, el artícu-

1 Martou, t. III, p. 247, núm. 1183.

2 Compárese Martou, t. III, p. 248, núm. 1187.

3 Bruselas, 11 de Mayo de 1815 [Pasicrisia, 1815, p. 370].