

lo 1449 le permite disponer de su mobiliario y enajenarlo con la restricción que resulta del art. 905 en lo relativo á las donaciones. Esto es conforme á la distinción de que se debe decidir la cuestión de saber si la mujer separada puede consentir la cancelación de una inscripción hipotecaria; á título gratuito es incapaz, puesto que no puede darla: á título oneroso puede enajenar, luego también consentir una cancelación (t. XXII, núm. 296). Sin embargo, hay sobre la extensión de su poder de enajenación una controversia en la que es inútil detenernos aquí, puesto que la examinamos en sus principios en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

Lo que dijimos de la separación de bienes se aplica á los derechos parafernales bajo el régimen dotal. En cuanto á los derechos dotales la cuestión de saber si la mujer dotal puede enajenar sus derechos mobiliarios ha sido el objeto de una acalorada controversia: nos trasladamos á lo dicho en el régimen dotal. En nuestra opinión la dote mobiliaria es enajenable, lo cual decide la cuestión de la cancelación; la mujer puede consentir la cancelación con autorización marital; mejor dicho, este derecho pertenece al marido, puesto que es administrador de la dote; más adelante diremos lo que á este título puede hacer.

167. ¿Pueden los administradores de bienes ajenos consentir la cancelación de una inscripción en tanto que la deuda no se haya pagado? Si se admite el principio tal como lo hemos formulado (núm. 156) la negativa es segura; es más evidente todavía en la opinión que asimila la cancelación á la enajenación de un derecho real inmobiliario. No comprendemos por qué Tarrible enseñó lo contrario; (1) sería hasta inútil combatir este error si no estuviera reproducido en una obra elemental muy propagada; se debe, pues,

1 Merlín, Repertorio, en la palabra Cancelación de hipotecas, núm. 11. En sentido contrario todos los autores menos Mourlón (Aubry y Rau, t. III, página 329, nota 11, pfo. 281).

insistir. Los administradores no tienen derechos, tienen obligaciones, y el primero de sus deberes es el girar como buenos padres de familia; tienen, pues, el derecho de hacer actos de disposiciones, no pueden enajenar los derechos mobiliarios de aquellos cuyos bienes giran. Esto decide la cuestión de cancelación. Lo que engañó á Tarrible es que consideraba la cancelación consentida por el tutor como un simple acto de mala gerencia en razón del que era responsable sin que el menor pudiese pedir la nulidad. Esto sería verdad si la cancelación fuera un acto de disposición; se debe ver si la ley da el derecho de hacerlo. Y el tutor no puede enajenar, en nuestra opinión, ni los derechos mobiliarios; en todo caso no puede disponer de los derechos del menor á título gratuito, y consentir una cancelación sin equivalente, como se le supone, es abdicar gratuitamente una garantía que pertenece al tutelado.

Martou reprodujo la opinión de Tarrible, pero motivándola mejor. Sienta en principio que toda persona capaz para disponer del crédito garantizado por la hipoteca puede consentir la cancelación de la inscripción. Y el crédito del menor es de ordinario un derecho mobiliario, y en la opinión general se reconocía al tutor el poder de enajenar los efectos mobiliarios del pupilo. (1) Esto es muy lógico si se admite que el tutor tiene este poder y si consiente la cancelación á título oneroso. Pero el consentimiento de la cancelación no es una convención á título oneroso, es una renuncia unilateral á los efectos de la inscripción; por tanto, sin compromiso por parte del deudor; luego una disposición gratuita de un derecho del pupilo. Aquí no hay un acto de las atribuciones del tutor sino un acto nulo. Lo que decimos del tutor se aplica á todos los administradores.

168. La jurisprudencia decide que el tutor no puede con-

1 Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 648, núm. 1596.

sentir la cancelación, (1) pero no se ve por las sentencias, que apenas están motivadas, qué condiciones están requeridas para la validez de la cancelación. Una sentencia de la Corte de Bourges exige un fallo: ¿es una decisión que homologa la deliberación del consejo de familia como en materia de venta inmobiliar? No se sabe. La solución depende de saber si se deben seguir para la enajenación de los derechos inmobiliarios las mismas formas que para la enajenación de los inmuebles; examinamos la dificultad en el título *De la Tutela*. De donde se desprende que la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal están requeridas cuando el tutor, al consentir la cancelación, renuncia la hipoteca. Pasaría lo mismo si consintiera la translación de la hipoteca á otros bienes; en efecto, esto implica la renuncia de la hipoteca primitiva, la que está extinguida y reemplazada por otra; y el tutor no tiene calidad para renunciar á un derecho inmobiliario del menor, aunque la nueva hipoteca fuese más ventajosa que la primera; no es una cuestión de interés sino de derecho (2)

169. La cancelación en materia de créditos pupilares da lugar á una dificultad en la que hay controversia. Al autorizar la venta de los bienes de los menores los tribunales usarán del poder que les ha reconocido la orden real de 12 de Septiembre de 1822 (art. 4) para prescribir las garantías en favor del pupilo. Hé aquí la cláusula usual insertada en el cuaderno de cargos: «La parte del precio correspondiente al menor quedará, hasta su mayor edad, afectada en los inmuebles vendidos, ó será, con asistencia del subrogado tutor, colocada hasta la misma época en otra nueva hipoteca; si no será, á pedimento del tutor subrogado, depositada en la caja de depósitos.» Se supone que el comprador paga sin

1 Denegada, 22 de Junio de 1818; Bourges, 8 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2682, 2.º y 3.º)

2 Metz, 18 de Junio de 1824 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2683).

que se llenen estas formalidades: ¿estará liberado válidamente y el tutor podrá consentir la cancelación de la inscripción hecha en los bienes del deudor. La jurisprudencia está dividida. Martou se pronunció contra la validez de una cancelación consentida en esas circunstancias. (1) En nuestro concepto se debe distinguir. El tribunal puede hacer del precio una condición de validez del pago y aun de la venta; el comprador en este caso estará ligado por la cláusula del certificado de cargos; la consecuencia será ó que la venta sea nula ó que lo sea el pago; en ningún caso la inscripción puede tacharse, puesto que el tutor no puede consentir la cancelación en tanto que subsista la deuda. Pero el tribunal puede también prescribir el empleo como garantía del menor contra el tutor, sin que sea una condición obligatoria para los terceros. Es cierto que la inversión prescrita por nuestra Ley Hipotecaria en el caso que prevee (arts. 55, 56, 57 y 61) sólo se refiere á las relaciones del tutor y del menor, es extraña á los terceros. Tal puede también ser la intención del tribunal cuando ordena el empleo; y si tal fué su intención es sobrepasarla el nulificar el pago y, por tanto, la cancelación por inejecución de la cláusula de empleo. El empleo obligatorio para los terceros es una cláusula excepcional; los terceros no tienen misión de cuidar los intereses del menor; no se les puede obligar á ello más que si la sentencia les impone esta obligación. Lo que confirma esta distinción es que se admite también en el caso en que el contrato de matrimonio prescribe el empleo en favor de la mujer; el empleo sólo es obligatorio para los terceros cuando el contrato lo exige como una condición de validez de la venta. Traducimos á lo que fué dicho en el

1 Martou, t. III, p. 252, núm. 1193 y las sentencias que cita. Agréguese una sentencia del Tribunal de Bruselas de 31 de Enero de 1872 (Pasierisia, 1872, 3, 124). En sentido contrario dos sentencias de la Corte de Bruselas de 28 de Febrero de 1844 y de 2 de Agosto de 1851 (Pasierisia, 1852, 2, 8, y Bélgica judicial, t. II, p. 830).

título *Del Contrato de Matrimonio*. Hay igual motivo de decidir en materia de tutela.

170. ¿Puede el marido como administrador de los bienes de la mujer consentir la clandestinidad de las inscripciones antes que la deuda esté extinguida? Acerca de este punto no hay ninguna duda; se aplica el principio general que rige el poder de los administradores: el marido debe conservar los derechos de la mujer; no puede, pues, renunciarlos. Aun hay más: hasta en el caso en que el marido hubiera recibido el pago no puede consentir la cancelación si el contrato de matrimonio dice que el marido debe hacer empleo y si resulta de la cláusula que los terceros no pueden válidamente pagar más que en el caso en que el empleo se haya hecho conforme á las convenciones matrimoniales. El empleo es entonces obligatorio para los terceros en el sentido de que el pago no será válido si el empleo no está hecho; y si la deuda no queda extinguida el marido no puede consentir la cancelación. La consecuencia es segura si se admite el principio del reemplazo obligatorio para los terceros; trasladamos á lo dicho á este respecto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (1)

Bajo el régimen dotal la conservación de la dote está sometida á reglas más severas, porque el objeto de este régimen es precisamente el de dar á la mujer una entera garantía para la restitución de sus bienes dotales. Se admite que la cláusula de empleo, en caso de reembolso de dinero dotal, basta para que los terceros estén obligados á cuidar de que el empleo prescripto por el contrato se haga; de modo que si pagaran al marido sin que éste hubiere hecho el empleo no quedarían liberados y, por tanto, el conservador no podría borrar la inscripción tomada en nombre de la mujer. Volveremos á hablar de los derechos del conserva-

1 Compárese, en sentido contrario, Martou, t. III, p. 265, núm. 1201, que no discute la cuestión y traslada á Troplong.

dor en esta materia; en cuanto á la cláusula de empleo la cuestión de saber si es obligatoria para los terceros depende de la voluntad de las partes contratantes. Es de principio que las convenciones matrimoniales pueden ser opuestas á los terceros en el sentido de que los derechos de los esposos están determinados por el contrato de matrimonio, lo que también determina la validez de las actas que los terceros harán con los esposos. Pero para que las convenciones de los esposos liguen á los terceros es necesario que, por su naturaleza ó por la voluntad de las partes, tengan por objeto fijar las relaciones de los esposos con los terceros. No hay á este respecto ninguna diferencia entre la cláusula de empleo bajo el régimen dotal y la cláusula de empleo bajo los otros regímenes; sólo que, por razón del objeto del régimen dotal, se admitirá más fácilmente que las convenciones matrimoniales tienen por objeto obligar á los terceros en interés de la mujer. Trasladamos, en cuanto al principio, al régimen dotal. (1)

171. El marido es también administrador de la comunidad. ¿Puede con tal título consentir la cancelación sin que la deuda esté pagada? De pronto se pudiera creer que la afirmativa es evidente, puesto que el marido es señor y dueño. Puede, en caso necesario, disipar los bienes de la comunidad y perderlos; ¿no puede con más razón renunciar una simple garantía que no despoja de sus derechos á la comunidad? El poder del marido no es tan absoluto como se dice ordinariamente. Para las actas á título oneroso es siempre señor y dueño, no lo es para las actas á título gratuito. La ley le prohíbe dar los inmuebles de la comunidad, sólo puede disponer gratuitamente de los efectos muebles (art. 1422). Aquí vuelve á presentarse la dificultad de

1 Compárese Martou, t. III, p. 268, núms. 1199 y 1200. Casación, 9 de Junio de 1841 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 2699, 1.º)

principio. ¿El consentimiento por la cancelación es una enajenación de derechos mobiliarios ó inmobiliarios? En nuestra opinión sólo es una disposición de un derecho mueble del crédito, á no ser que el acreedor renuncie la hipoteca. Fuera de este caso es necesario decir que el marido puede siempre renunciar la inscripción sin que se tenga que distinguir si la renuncia se hace á título gratuito ú oneroso. En la opinión que considera el consentimiento para cancelación como una enajenación de un derecho real inmobiliario se llega á otra consecuencia: es que el marido no puede consentir la cancelación, salvo con consentimiento de la mujer; aun así es dudoso que el marido pueda hacer una donación con este concurso. (1)

172. El poder de consentir la cancelación puede también resultar de un mandato convencional. Según el art. 92 el mandato debe ser expreso y auténtico. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 1988: "El mandato concebido en términos generales no abarca más que las actas de administración. Si se trata de enajenar ó de hipotecar, ó de cualquier otro acto de propiedad, el mandato tiene que ser expreso." Y consentir la cancelación sin que la deuda esté pagada no es un acto de administración, lo es de disposición; de ahí la condición exigida por el artículo 92. Esta disposición confirma implícitamente la doctrina que hemos expuesto acerca de la naturaleza del acto por la que el acreedor consiente la cancelación; sólo que la ley no se explica acerca del objeto de la enajenación que el acreedor hace al consentir la cancelación de la inscripción.

El mandato debe ser auténtico. Así se juzgaba bajo el imperio del Código Civil, aunque no contuviera la disposición del art. 92. La ley belga ha consagrado la jurisprudencia. Esto es una garantía para el conservador; es responsable de las cancelaciones que operaba sin suficiente

1 Martou, t. III, p. 260, núms. 1195 y 1196.

título; es, pues, necesario que aquel que requiere la cancelación justifique su título, y las actas privadas no son pruebas por sí mismas; de esto la necesidad de una acta auténtica. Para que la garantía sea completa es necesario que el poder esté anexado al acta auténtica en que consta el consentimiento; la Corte de París lo sentenció así; (1) y la decisión está en armonía con el espíritu de la ley.

No debe concluirse del art. 92 que la cancelación sea un acto solemne; volveremos á este punto al tratar de las formas en las que debe hacerse. La autenticidad del mandato sólo está requerida en interés del conservador; éste puede operar la cancelación por un mandato privado, pero se expone en este caso á que se conteste la existencia del mandato.

173. ¿El principio establecido en cuanto al mandato por el art. 92 recibe su aplicación á las sociedades mercantiles? En nuestro concepto la afirmativa no es dudosa. Las reglas del derecho civil son aplicables en materia comercial, y el art. 92 sólo consagra una consecuencia del derecho común. El mandato dado por una sociedad de comercio debe, pues, ser expreso tanto como el poder dado en materia civil. Sin embargo, lo contrario fué sentenciado por la Corte de Bruselas en el caso siguiente. El Director del Banco Hipotecario, autorizado por los administradores, había levantado una inscripción; el conservador se negó á dar cancelación y el primer juez le dió gane en la causa por motivo de que los administradores eran mandatarios; la extensión de sus poderes estaba, pues, fijada por el art. 1988; concebido en términos generales el mandato no les daba el derecho de consentir cancelaciones. Para requerir la cancelación, como lo decía el conservador, se necesitaba que la deuda por la que fué tomada la inscripción hubiera sido extinguida;

1 París, 17 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2699, 6.º)

lo que hubiera dado á un simple administrador el derecho de consentir la cancelación. No habiéndose hecho esta justificación la cancelación no podía hacerse por falta de poder suficiente en la persona del que la requería.

La Corte de Bruselas objeta que la naturaleza misma de las operaciones á que se entregaba el Banco Hipotecario implica para los administradores el poder de estipular hipotecas, recibir el reembolso de los préstamos y consentir la cancelación de las inscripciones. Sin duda, pero esta no es la cuestión; no se trata de saber qué poder tiene que dar lo sociedad á sus administradores sino cuáles poderes les dió; y en lo que se refiere al derecho de consentir cancelaciones no bastaba argüir el espíritu del contrato y el objeto que tienen los acreedores, tenían que conformarse á la ley hipotecaria y no lo hicieron. Esto es decisivo y nos dispensa de contestar los demás argumentos en los que la Corte de Bruselas fundó su decisión; Martou lo hizo y su refutación es perentoria. (1)

§ III.—DE LA CANCELACION FORZADA.

*Núm. 1. ¿En qué casos deben los tribunales pronunciar la cancelación?*

174. El art. 95 (Código Civil, art. 2160) dice: «La cancelación debe ser ordenada por los tribunales cuando la inscripción ha sido hecha sin fundarla en la ley ó en algún título.» Es de principio que la hipoteca sólo tiene lugar en los casos y según las formas autorizadas por la ley, y ésta no admite más hipotecas que las legales, las convencionales y las testamentarias (arts. 42 y 43; Código Civil, artículos 2115 y 2116) Si una inscripción se toma por una hipoteca sin que esté establecida por la ley por una conven-

1 Bruselas, 31 de Marzo de 1847 y 25 de Abril de 1856 (Pasierisia, 1847, 2, 247, y 1857, 2, 129).

ción ó por un testamento esta inscripción no tiene causa legal, y no podría haber inscripción sin hipoteca. Asimismo si está tomada para la conservación de un privilegio y si éste no es exacto la inscripción no tiene causa legal. En ambos casos tiene que desaparecer, pues la inscripción sin causa legal es un hecho perjudicial á los derechos de los terceros, ya sean propietarios ó sean otras partes interesadas.

Hé aquí un caso que se ha presentado ante el Tribunal de Lieja. Una mujer toma inscripción en un inmueble de su marido por una suma de 12,000 francos, monto de la dote que aportó al matrimonio. El marido pide la cancelación de la inscripción por motivo de que la dote de 12,000 francos sólo fué mencionada en el contrato por vanidad, no habiendo nunca poseído dicha suma la mujer. Esto era formular mal la demanda. Los esposos estaban casados bajo el régimen de separación de bienes; bajo este régimen la dote no se entrega al marido, que no tiene en ella ningún derecho, salvo que la mujer contribuya á los cargos del matrimonio; la mujer no puede, pues, tener ninguna acción contra el marido por punto á su dote; por tanto, no tenía hipoteca. En consecuencia, el Tribunal ordenó la cancelación de la inscripción. (1)

La mujer tiene una hipoteca legal por todas las causas de recurso que puede tener contra su marido. Donataria por contrato de matrimonio del usufruto del mueble é inmueble que el marido dejará á su muerte la mujer tiene un derecho eventual en los bienes que se encontrarán cuando el marido muera. ¿Puede tomar inscripción para la garantía de este derecho? Hay una duda: el marido permanece propietario de sus bienes, puede gastarlos; lo que hará ineficaz la institución contractual; su derecho es, pues,

1 Sentencia del Tribunal de Lieja de 20 de Marzo de 1875 (Pasierisia, 1857, 3, 228).