

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-

<sup>1</sup> Bruselas, 31 de Marzo de 1847 y 25 de Abril de 1856 (Pasicrisia, 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,

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal de Lieja de 20 de Marzo de 1875 (Pasicrisia, 1857, 3, 228).

puramente eventual; pero poco importa, puesto que, según nuestra Ley Hipotecaria, la hipoteca de mujer se extiende á los derechos eventuales (art. 64).

Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece contraria. (1) En el caso el marido había vendido dos inmuebles gravados con la inscripción de la mujer; los adquirentes pidieron la cancelación fundándose en que la mujer separada de cuerpo estaba íntegramente pagada en sus derechos y devoluciones. La mujer objetó que el marido había manifestado la intención de disponer á título gratuito del precio de estas ventas y hacer así la donación ilusoria, lo que no tenía el derecho de hacer. El primer juez negó la cancelación por este motivo. Esta decisión fué casada. La Corte dice que teniendo el marido derecho de enajenar la mujer no podía atacar las enajenaciones que había consentido, aunque fueran liberalidades sobrepasando el límite legal; que sólo tendría un recurso por este punto contra él. Sin duda, pero este recurso eventual es un derecho de la mujer garantizado por la hipoteca legal; esta tenía, pues, derecho de tomar inscripción para la seguridad de este crédito en todos los bienes de su marido, en el sistema del Código y en el de la ley belga, haciendo especificar su hipoteca por el presidente, y no vemos por qué se había de cancelar esta inscripción.

175. La cancelación debe ser ordenada. «Cuando la inscripción ha sido hecha en virtud de un título *irregular, extinguido ó saldado*» (art. 95, Código Civil, art. 2160). No basta que haya un título para que la inscripción sea válida, es necesario que aquél sea válido; si el contrato de hipoteca es nulo, si el testamento que dió una hipoteca al legatario es nulo, la inscripción es generalmente nula en el sentido de que si el contrato ó el testamento están nulificados la inscripción cae. Asimismo el título puede haber

1 Casación, 12 de Mayo de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 347).

existido, pero en el momento en que la enajenación fué tomada, ó después, se extinguió por una de las causas que arrastran la extinción de la hipoteca ó del privilegio; diremos más adelante cuáles son estas causas (art. 108; Código Civil, art. 2180). Una de las causas, y la más frecuente, es la de la extinción de la obligación principal; esto es lo que el art. 95 (Código Civil, art. 2160) llama un título *saldado*, porque el pago es el medio ordinario de la extinción de las obligaciones.

176. La aplicación del principio da lugar á una dificultad. Se supone que la inscripción está tomada para la garantía de una obligación condicional. Deberá ser borrada cuando la obligación no se cumple, puesto que fué tomada en virtud de un título que nunca existió. Debe también ser borrada si es seguro que la condición no se cumplirá; el acreedor no tiene interés, en este caso, en requerir la inscripción, y no lo tiene en mantenerla. Si la condición escrita en una donación ó en un testamento es ilícita ó imposible se la reputa no escrita y, por consiguiente, la inscripción tomada en razón de esta condición debe ser borrada. Fué sentenciado que la condición impuesta por un abuelo á su nieta, instituida por aquél legatario universal, de hacer exhumar la madre y hermanos de éste, era imposible y, como tal, reputada no escrita, porque el marido y el padre supérstite se oponían á la exhumación; en consecuencia, la Corte ordenó la cancelación de la inscripción hipotecaria tomada por el ejecutor testamentario para asegurar voluntades de la testadora. (1) Hay un caso en el que es más difícil decidir que la condición no se realizará. El comprador estipula una hipoteca para la garantía por punto á la evicción. Nunca queda seguro que no habrá evicción. Sólo vemos una hipótesis en la que debe borrarse la inscripción: es el caso de purga.

1 Rouen, 16 de Noviembre de 1875 [Dalloz, 1876, 1, 154].

La Corte de París ha sentenciado en este sentido, negándose á ordenar la cancelación de una inscripción tomada por el comprador en los bienes del vendedor. Se objetaba en vano que no había perturbación eminente ni aparente. La Corte contesta muy bien que la mayor prudencia puede equivocarse en este punto figurándose que no hay peligro cuando el peligro es inminente; es precisamente para ponerse al abrigo de los peligros posibles por lo que el comprador estipuló una garantía hipotecaria. Se objetaba también que no pudiendo ser borrada la inscripción el vendedor quedaba estorbado en el ejercicio de su derecho de propiedad y que el bien estaría en algún modo colocado fuera del comercio. La Corte responde que tal es la consecuencia de toda hipoteca; no se puede disponer libremente de un bien que no está libre. (1)

Hay decisiones en sentido contrario, (2) pero están fundadas en la equidad, y en contra violan el derecho del acreedor hipotecario. Al reformar la decisión del primer juez, que había ordenado la cancelación de la inscripción tomada por el comprador, la Corte de Angers dice muy bien que las convenciones legalmente formadas son la ley de las partes contratantes; no pueden ser nulificadas ni modificadas más que por su consentimiento; los tribunales exceden de su poder cuando nulifican convenciones legal y libremente hechas y no contrarias á las buenas costumbres ó al orden público. (3)

177. La ley no prevee el caso en que la inscripción es irregular; era inútil decir que la inscripción debe borrarse cuando es nula ó cuando la nulidad ha sido pronunciada por el juez. ¿Cuándo es nula ó irregular la inscripción? Acerca de

1 París, 19 Ventoso, año XII. Compárese Denegada, 15 de Abril de 1806 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1315.)

2 Lieja, 8 Ventoso, año XIII; Limoges, 9 de Mayo de 1812 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1316.)

3 Angers, 21 de Abril de 1809 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1317.)

este punto trasladamos á que fué dicho más atrás (números 93 y siguientes). Se ha pedido ante la Corte de Gante la cancelación de una inscripción tomada por una mujer casada durante el matrimonio sin autorización del presidente. La inscripción estaba conforme con la ley, pero había una grave irregularidad, en razón de la cual el conservador hubiera debido negarse á la inscripción: las hipotecas legales deben ser especificadas antes que se pueda requerir su inscripción, y la ley no permite á la mujer especificar su hipoteca, confía este cuidado al magistrado. Apesar de esta irregularidad la Corte de Gante validó la inscripción. La decisión nos parece dudosa. En nuestro concepto la especificación es un preliminar necesario de la inscripción. Traducimos á lo que fué dicho de la hipoteca legal del menor (t. XXX, núm. 303). Estos principios reciben su aplicación á la hipoteca legal de la mujer. La ley no hace excepción más que para los magistrados, á quienes encarga tomar inscripción en nombre de la mujer: ellos mismos especifican al tomar la inscripción. Las demás personas que tienen el derecho ó la obligación de inscribir la hipoteca legal deben dirigirse al presidente del tribunal; la orden del presidente reemplaza la deliberación del consejo de familia cuando se trata de la hipoteca de un menor. Sin especificación no hay hipoteca y, por tanto, no puede haber inscripción. Hay, sin embargo, una objeción, y es seria. La especificación es de esencia de la hipoteca convencional, puesto que liga á la solemnidad del acta. No puede decirse otro tanto de la especificación de las hipotecas legales y especialmente de la hipoteca de la mujer. Existe en virtud de la ley, la especificación sólo está requerida como preliminar de la inscripción; en este sentido se confunde con la inscripción, y la irregularidad no la hace nula sino cuando resultó de ella un perjuicio para los terceros. Es este argumento el que pa-

P. de D. TOMO XXXI—22

rece haber decidido á la Corte de Gante. (1) En teoría esto es muy plausible. Pero dudamos que tal sea la teoría de la ley. Esta distingue la especificación y la inscripción; de la inscripción dice que la irregularidad no la hace nula más que si los terceros han sufrido un perjuicio; no dice esto de la especificación. Debe, pues, aplicarse á la especificación de la hipoteca legal el principio que rige la hipoteca convencional; es decir, que es substancial. Esto también nos parece fundado en la razón: la especificación es una regla general de toda hipoteca; no se ve por qué tuviera un carácter y efectos diferentes según que se tratara de una hipoteca legal ó de una hipoteca convencional.

178. La cancelación de la inscripción tiene también que ser ordenada por los tribunales cuando los derechos de privilegio ó de hipoteca están borrados por las vías legales (art. 95; Código Civil, art. 2168). ¿Cuáles son estas vías legales? Es la prescripción lo que extingue los privilegios é hipotecas, y la purga lo que las borra. La ley trata de la prescripción en el capítulo consagrado á la extinción de los privilegios é hipotecas, y de la purga en un capítulo especial.

*Núm. 2. ¿Por quién puede ser pedida la cancelación?*

179. La ley no lo dice; se permanece, pues, bajo el imperio del derecho común. Toda persona interesada tiene el derecho de pedir que la inscripción sea borrada. Es de principio que para promover en justicia es necesario tener un interés nacido y actual. De esto se ha concluido que los acreedores no podían pedir la cancelación de una inscripción que les prevalece hasta el momento en que están llamados á participar en la distribución del precio de los inmuebles hipotecados. Esto es hacer una falsa aplicación del

1 Gante, 14 de Diciembre de 1872 (Pasierisia, 1873, 2, 42).

principio. En efecto, el acreedor tiene un interés inmediato en hacer desaparecer una inscripción irregular. Si la inscripción es anterior á la suya su interés es evidente, pues su crédito tendrá un mayor valor si adquiere mejor lugar. Aunque fuera posterior la inscripción tiene interés en hacerla desaparecer, pues el acreedor inscripto, cualquiera que sea su lugar, tiene el derecho de expropiación; y podría usar de él en un momento desfavorable, lo que comprometería los créditos anteriores en lugar en el caso en que el precio fuera insuficiente para reembolsarlos. (1)

180. El deudor en los bienes del que se tomó una inscripción tiene interés evidente en que sea borrada; el crédito sufre con ello y su derecho de disposición está estorbado. Fué, sin embargo, sentenciado que el deudor no podía pedir la cancelación de una inscripción cuya validez podía ser contestada si había sido seguida de otra inscripción regular. (2) La decisión no es dudosa, puesto que se supone que las dos inscripciones eran tomadas por el mismo acreedor y para una misma deuda; el deudor no tiene ningún interés en la cancelación de una, puesto que no puede obtener la cancelación de la otra, y sus derechos no sufren, porque hay dos inscripciones en su inmueble, mientras que sólo debiera haber una, puesto que en realidad ambas inscripciones se confunden y sólo forman una sola.

Los autores van más allá y dicen que el deudor no tiene el derecho de pedir la cancelación de una inscripción por causa de irregularidad, puesto que no es en su interés como fué establecida la publicidad, es por el de los terceros; el acreedor hipotecario puede promover contra el deudor aunque la hipoteca no estuviera inscripta (núm. 159). Por identidad de razones, se dice, el deudor no puede atacar una inscrip-

1 Gante, 14 de Diciembre de 1872 (Pasierisia, 1873, 2, 42).

2 Denegada, 4 de Marzo de 1834 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2731).

ción porque es irregular. El argumento no es bueno, á nuestro juicio. Hay que ver si el deudor tiene un interés en que la inscripción irregular sea borrada. Y toda inscripción estorba el ejercicio del derecho de propiedad. Se objeta que es la hipoteca la que lo estorba y no la puede contestar, puesto que la concedió. Esto es verdad; si la hipoteca es válida el deudor está entonces sin interés, pero la hipoteca también puede ser nula. En fin, se dice que los terceros tienen el derecho de prevalecerse de la irregularidad de la inscripción; y se concluye de esto que el deudor nunca está impedido para hipotecar ó enajenar el inmueble. (1) Esto no es exacto, pues la existencia sólo de la inscripción puede impedir que los terceros se pongan en relación con el poseedor del inmueble.

181. El adquirente del inmueble hipotecado tiene interés y derecho de pedir la cancelación, puesto que toda hipoteca inscrita lo amenaza con el derecho de prosecución. No debe esperar á que el acreedor promueva contra él para oponerle la nulidad de su inscripción, pues está siempre interesado en tener una propiedad libre para hipotecarla ó enajenarla. (2)

La Corte de Aix ha sentenciado que el tercero adquirente que no purga sólo tiene una propiedad resoluble; de donde concluye que no puede ejercer ninguna acción; que quedaría sin objeto y sin provecho para él si por efecto de una puja estuviera desposeído. Este pretendido principio es muy contestable, así como la consecuencia que la Corte deduce de él. Desde luego no es verdad decir que el adquirente sólo tiene una propiedad *resoluble*; su derecho es puro y simple; sólo que puede ser despojado; pero la evicción no es una resolución; volveremos á este punto al tratar del derecho de pro-

1 Pont, t. II, p. 450, núm. 1083. Aubry y Rau, t. III, p. 391, nota 21, párrafo 231.

2 Denegada, 11 de Marzo de 1834 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1299, 2.º)

moción. Aun suponiendo que su derecho fuera resoluble es, no obstante, propietario mientras que la resolución no está pronunciada, y con este título tiene interés en pedir la cancelación de las inscripciones hipotecarias. La Corte dice después que el interés del adquirente en hacer desaparecer una inscripción sólo es eventual para libertarse del ejercicio de la puja, y que este interés sólo habrá nacido y será actual cuando purgue. Ya hemos contestado á este argumento. La Corte de Casación casó la sentencia de la Corte de Aix. Pone en principio que la cancelación de una inscripción debe ser ordenada cuando fué hecha sin fundamento de ley; concluye que en regla general basta que una inscripción haya sido tomada ilegalmente para que el propietario tenga un derecho actual para libertarse de ella, aunque todavía no lo persiga nadie. Poco importa que no purgue. En efecto, la purga es un derecho del adquirente, del que no puede usar. ¿Cuál será en este caso su situación? La ley dice que permanece, por el solo efecto de las inscripciones, obligado como detentor por todas las deudas hipotecarias, y que goza de los plazos concedidos al deudor originario. Esto le da calidad é interés para pedir la anulación de las inscripciones que sostiene ser inválidas; en efecto, se escapará del pago de las deudas privilegiadas ó hipotecarias superiores al precio estipulado en su contrato y aprovechará los plazos que tienen que concederles los acreedores inscritos inútilmente. (1)

182. Los acreedores pueden pedir la cancelación de la inscripción por sólo encontrarse en el caso en que, según la ley, los tribunales tienen que ordenar la cancelación. Se ha objetado á los acreedores, como á los terceros adquirentes, la falta de interés. Ya hemos contestado á la objeción; la jurisprudencia no lo tuvo en cuenta. Decide terminantemente que la inscripción debe ser borrada desde que es ile-

1 Casación, 9 de Abril de 1856 [Daloz, 1856, 1, 204].

gal. (1) Sin duda, pero queda por saber quién tiene el derecho de pedir la cancelación, y aquí interviene el principio que rige toda acción judicial: no hay acción sin interés. Pero es muy fácil probar que el acreedor tiene interés en pedir la cancelación antes de todo procedimiento de orden y distribución; trasladamos á lo dicho más atrás (número 179).

183. Una mujer toma inscripción en los bienes de una sociedad de que es miembro el marido. La inscripción es nula, puesto que la mujer no tiene hipoteca más que en los bienes del marido y el socio no tiene ningún derecho en los inmuebles que dependen de una sociedad mercantil; los bienes pertenecen á los asociados. Luego el liquidador tiene el derecho de pedir la cancelación de la inscripción. Este era el único punto difícil. El inmueble en que la mujer había tomado inscripción había sido vendido después de la disolución de la sociedad, en una época, por consiguiente, en que los socios tenían un derecho de copropiedad en los bienes que componían el activo social. No obstante, la Corte de Casación validó la cancelación por motivo de que la sociedad subsistía aun para su liquidación; que, por tanto, el liquidador tenía derecho de vender los bienes sociales libres de todos los cargos no creados por la sociedad; lo que también le daba el derecho de pedir la cancelación de las inscripciones indebidamente tomadas durante el curso de la sociedad. (2)

184. Un notario recibe una acta de levantamiento de inscripción hipotecaria: ¿puede, en virtud de dicha acta, pedir la cancelación en nombre de una de las partes interesadas? Esta increíble pretensión fué llevada ante la Corte de Colmar, la que la desechó, se entiende; la sentencia con-

1 Burdeos, 17 de Febrero de 1832 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2783).

2 Denegada, 19 de Mayo de 1865 (Daloz, 1865, 1, 380).

testa extensamente á las malas razones que se habían hecho valer en favor de la demanda. Bastaba comprobar que el notario no tiene interés en pedir la cancelación como redactor del acta; y para promover en nombre de las partes interesadas debiera haber tenido un mandato, y un mandato auténtico según la jurisprudencia francesa (número 173). (1)

*Núm. 3. ¿Contra quién debe pedirse la cancelación?*

185. La cancelación borra la inscripción en favor del acreedor; es, pues, contra el acreedor inscripto contra el que la acción debe ser entablada. Poco importa que el acreedor no haya tomado inscripción; hay acreedores que ordinariamente no toman ellos mismos inscripción para la conservación de sus derechos; tales son los incapaces á los que la ley concede una hipoteca. Es, no obstante, contra ellos contra quienes debe pedirse la cancelación. Lo mismo sucede cuando el conservador toma una inscripción de oficio; no es contra el conservador contra el que debe obrar la parte interesada sino contra el acreedor privilegiado. La Corte de Nimes lo sentenció así en un caso en que el vendedor había renunciado su privilegio: el conservador había tomado erróneamente una inscripción, pero ya tomada no podía ser cancelada más que por un procedimiento legal. (2)

186. Si una sentencia ordenara, sin que los acreedores estuvieran en causa, cancelar inscripciones el conservador tendría el derecho de negarse á la cancelación. La Corte de París sentenció lo contrario en el caso siguiente: Una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada pronunciaba la resolución de una venta y ordenaba la cancelación de las inscripciones hipotecarias tomadas por punto al adquirente. El conservador se negó á proceder á la cancelación por mo-

1 Colmar, 3 de Marzo de 1847 (Daloz, 1850, 2, 31).

2 Nimes, 27 de Junio de 1833 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2784).