

§ II. --DERECHOS DEL CONSERVADOR.

208. El conservador de hipotecas está encargado de operar la cancelación de las inscripciones hipotecarias. Es, pues, una obligación suya hacerla cuando está requerido. Pero su misión no es pasiva; la ley quiere que el requirente deposite en su oficina las actas en virtud de las cuales la inscripción debe ser rayada. El conservador no está obligado á cancelar la inscripción si no se le presentan las actas que la ley exige reportar. ¿Tiene que proceder á la cancelación aunque las actas depositadas fueran irregulares ó nulas? Nó, seguramente, pues al prescribir el depósito de las actas la ley quiso asegurar la validez de la cancelación y poner á cubierto la responsabilidad del conservador. Síguese de esto que el conservador no puede estar obligado á operar la cancelación en actas irregulares; la cancelación sería ella misma irregular y el conservador sería responsable del perjuicio que su culpa hubiere causado á los terceros. En este punto no hay ninguna duda.

¿Debe irse más allá y admitir que el conservador tiene el derecho de asegurarse de si las partes que requieren la cancelación tienen capacidad para ello? La jurisprudencia le reconoce este derecho, mientras que hay autores que se lo contestan. Los textos dejan alguna duda. Bien es verdad que la ley exige que los que consienten la cancelación sean capaces, pero cuando habla de la justificación que tienen que hacer las personas que requieren la cancelación se conforma con el depósito de las actas auténticas en que consta el consentimiento de las partes interesadas. De esto Troplong concluye que el conservador es un agente pasivo encargado de la ejecución de la voluntad de las partes ó de las órdenes de la justicia y que basta colocar á su vista pruebas materiales de la obligación en que se encuentra de

conservar la cancelación. (1) Así formulado el pretendido principio está en oposición con el texto de la ley. ¿Es que un agente pasivo es responsable? El conservador es responsable todas las veces que causa un principio á los terceros por su culpa; es decir, cuando no cumple las obligaciones que la ley le impone ó cuando las cumple mal. Si es responsable tiene interés y derecho de informarse de la capacidad de aquellos que requieren una cancelación; en efecto, si son incapaces el título en virtud del que proceden á la cancelación es nulo; y si cancela la inscripción en virtud de un título nulo cuando hubiera podido asegurarse de la nulidad es responsable; luego debe tener el derecho de negar la cancelación si la capacidad de las partes interesadas no queda establecida.

Se ve que el derecho del conservador depende de su responsabilidad; es que la doctrina está acorde con la jurisprudencia acerca de la extensión de la responsabilidad del conservador, por lo que hay tanto disentiendo en el derecho que tiene éste en asegurarse de la capacidad de las partes interesadas. Durantón dice que el conservador no sería responsable si cancelara una inscripción en vista de una copia auténtica del acta de consentimiento. (2) Si no es responsable cuando hace una cancelación nula por falta de capacidad hay que decir que está obligado á operar la cancelación, aunque supiera que la parte que consintió es incapaz. Nos parece que la consecuencia testifica en contra del principio de que procede. Si el acta de consentimiento procediera de un menor, de un interdicto, ¿el conservador no sería responsable procediendo en una cancelación en virtud de un título nulo? La distinción que se quiere hacer entre la irregularidad del acta y la incapacidad del que la cometió no es jurídica. En uno y otro caso hay responsa-

1 Troplong, t. III, núm. 741, y t. IV, núm. 1000.

2 Durantón, t. XX, p. 303, núm. 194.

bilidad cuando el conservador tiene culpa, y la tiene cuando cancela una inscripción en virtud de una acta nula cuando pudo haberse asegurado de la irregularidad ó de la incapacidad. En definitiva, la cuestión de responsabilidad es de hecho más bien que de derecho. No se puede decidir en términos absolutos que el conservador sea siempre responsable de la incapacidad, y tampoco puede decirse que no sea nunca; es responsable cuando tiene culpa, no lo es cuando no la tiene. Volveremos al principio en el capítulo que es sitio de la materia.

209. Basta, nos parece, que el conservador sea responsable cuando hubiera podido asegurarse de la incapacidad para que tenga el derecho de informarse de la capacidad de los que consienten una cancelación y para exigirles que produzcan los documentos que la establecen. No que el conservador pueda colocarse como juez y decidir las dificultades de derecho. Pero es administrador y tiene calidad para comprobar la validez del acta que se le requiere que haga. Es en aquel terreno en el que se colocó la jurisprudencia, y creemos que está en la verdad. Se dice en una sentencia de casación: «La ley que hace responsable al conservador de las actas relativas á las funciones que le confiere le da, por esto mismo, calidad é interés de asegurarse de si aquel que consintió la cancelación tuvo capacidad para ello.» (1) Otra sentencia de casación, pronunciada sobre informe de Renouard y conclusiones de Delangle, formula el principio en términos más generales: «El conservador de hipotecas, que es responsable de las cancelaciones que opera, tiene calidad é interés en asegurarse de la *suficiencia y regularidad* del levantamiento de hipoteca en virtud del cual se le pide la cancelación; queda, en consecuencia, obligado á no cancelar la inscripción cuando no se le

1 Casación, 9 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 2699, 1.º)

justifica la capacidad del acreedor que dió el levantamiento.» (1) La jurisprudencia de la Corte de Casación de Bélgica está en este sentido; citaremos las sentencias más adelante.

Cuando se trató de preparar una nueva ley acerca del régimen hipotecario la comisión especial se preguntó si debía mantener la doctrina consagrada por la jurisprudencia. La facultad de derecho de Caen había propuesto confiar al notario el comprobar la capacidad de las partes que consienten la cancelación. Este sistema no encontró favor. La comisión especial dijo que la experiencia adquirida bajo el imperio del Código Civil prueba que el derecho reconocido á los conservadores por la jurisprudencia no suscitó crítica fundada. (2) Nuestra ley está, pues, concebida en el sentido de la jurisprudencia anterior; es en este espíritu como debe interpretarse.

210. Numerosas dificultades se presentaron en la aplicación del principio que acabamos de establecer; examinaremos las que se refieren al derecho civil. Hay una que es relativa á la forma exterior de las actas. Una acta de consentimiento de cancelación ó de reducción fué pasada en el extranjero. ¿El conservador puede operar la cancelación en virtud de esta acta? Sí, pero bajo la condición que la ley prescribe, en materia de hipoteca, para las actas recibidas en el extranjero; el acta sólo tiene efecto en Bélgica después de haber sido visada por el presidente del tribunal del sitio de los bienes: el presidente está encargado de comprobar la autenticidad del acta conforme á lo que dispone la ley para las hipotecas recibidas en país extranjero (artículos 93 y 77). La ley dice que el acta de consentimiento se hace ejecutoria en Bélgica por el vistobueno; esto quiere decir que el conservador puede hacer la cancelación en vir-

1 Casación, 17 de Febrero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 56).

tud del vistobueno si no se trata de una forma ejecutoria propiamente dicha; lo que sólo puede proceder de una sentencia.

El art. 93 no habla de las sentencias que ordenan la cancelación; éstas, según el art. 94, no pueden ser pronunciadas más que por tribunales belgas, puesto que la acción debe ser llevada ante el tribunal del sitio de los bienes.

211. El tutor puede consentir la cancelación de una inscripción tomada en favor del menor cuando la deuda está pagada. Tiene, pues, que justificar el pago de la deuda, puesto que es el pago el que le atribuye calidad. Esta justificación debe hacerse por acta auténtica, puesto que la ley exige la autenticidad para las actas en virtud de las cuales se requiere la inscripción.

Esto no basta cuando la inscripción fué tomada para la seguridad del precio debido al menor en caso de venta; el tutor tiene que justificar, en este caso, que el acta de venta le da calidad para recibir el precio. El tutor tiene, en principio, el derecho de recibir lo que se debe á su pupilo; pero cuando se trata de la venta de inmuebles los tribunales prescriben ordinariamente al tutor insertar en el cuaderno de cargos cláusulas relativas al pago, con el fin de garantizar los intereses del menor, restringiendo los poderes del tutor. Estas cláusulas se vuelven la ley de las partes; los adquirentes no pueden liberarse más que conformándose á las condiciones prescriptas; el tutor no puede, pues, consentir la cancelación más que cuando los adquirentes están válidamente liberados. De aquí la consecuencia que el conservador tiene derecho de exigir la producción de la sentencia que autoriza al tutor para vender.

La Corte de Casación de Bélgica se pronunció en este sentido. En el caso el conservador se había negado á cancelar, porque el requirente se había limitado á presentar los recibos del precio de venta y el acta de levantamiento del

tutor. El primer juez y la Corte de Bruselas le dieron ganen en la causa. En el recurso recayó una sentencia de denegada muy bien motivada. La Corte establece primero el principio que limita la capacidad del tutor. Este es un mandatario legal al que la ley sólo da poderes de administración. Cuando se trata de enajenar un inmueble el tutor necesita de una autorización del consejo de familia homologada por el tribunal; si el inmueble lo ponen en común el menor y unos mayores de edad y que éstos quieran proceder á la venta de los bienes tienen que obtener la autorización del tribunal en virtud de la ley de 12 de Junio de 1816 (art. 2). El tribunal puede sólo concederla con restricciones en el interés del menor ó pura y simplemente. Ordinariamente el tribunal ordena que el precio de venta permanecerá en poder del adquirente, hipotecado en los bienes vendidos hasta la mayor edad de los menores. Como el tutor toma en la sentencia el derecho de vender, de recibir el precio y, por consiguiente, de consentir la cancelación de la inscripción de oficio tomada en favor de los menores síguese que el conservador tiene el derecho y el deber de exigir que esta sentencia le sea presentada; si no lo exigiera, dice la Corte, se expondría á todos los daños y perjuicios que pudieran resultar.

El recurso hácia singulares objeciones; las reproducimos para poner en guardia á nuestros jóvenes lectores contra las doctrinas que se atreven á llevar algunas veces ante nuestra Corte de Casación. Se invocaba el art. 2157 (Ley Hipotecaria, art. 92), según el cual las partes interesadas pueden consentir la cancelación; y, en el caso, las partes interesadas eran los menores, representados por su tutor. Sin duda, pero representados en los límites de la ley. Y el tutor no tiene mandato en virtud de la ley para vender los inmuebles del pupilo y recibir el precio; sólo tiene calidad

para este efecto en virtud del mandato que le confiere el juez, tiene que producir al conservador este mandato como todo mandatario que consintiera una cancelación en virtud de un poder que hubiera recibido.

El recurso decía también que el conservador no tenía interés y, por tanto, no tenía derecho porque su responsabilidad quedaba cubierta por la triple responsabilidad del notario, del juez de paz y del tutor. ¡Extraña teoría que no permitía cubrir la responsabilidad porque había otras personas responsables! El recurso agregaba que la exigencia del conservador era injuriosa para el notario. Esta consideración no merecía, en verdad, la respuesta perentoria que la Corte dió diciendo que aquel que usando de su derecho cumple un deber no perjudica á nadie.

En fin, el recurso objetaba que el conservador había tomado inscripción de oficio sin exigir que se le presentase la sentencia que autorizaba la venta; concluía de esto que debía también proceder á la cancelación sin exigir una copia de la sentencia. La Corte contesta en términos perentorios que si el conservador toma inscripción de oficio en virtud de la transcripción del acta de venta, sin más pieza en apoyo, es porque la ley se lo ordena y no le permite inquirir si la venta fué legal ó no. Pasa diferentemente con la cancelación; lejos de ser un acto conservatorio como la inscripción de oficio es un acto que puede ser perjudicial á la parte interesada. Al inscribir de oficio el privilegio del menor el conservador no compromete su responsabilidad, puesto que obedece á la ley; mientras que es responsable cuando cancela la inscripción en virtud de una acta nula. Además, la venta puede ser legal como autorizada por una sentencia, y la cancelación de la inscripción sería ilegal si la sentencia contuviera disposiciones que no permitieran al tutor recibir el precio. (1)

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1840 (Pasicrisia, 1841, 1, 34).

212. El menor vuelto mayor de edad ¿puede consentir la cancelación de la inscripción tomada para su hipoteca legal antes que el tutor haya rendido cuentas en las formas del art. 472? Ya hemos dicho que la cuestión es dudosa (núm. 165). En la opinión general el menor no puede consentir la cancelación. Basta que la cuestión esté así decidida por la jurisprudencia para que el conservador tenga el derecho de exigir la prueba de que las formalidades prescriptas por el art. 472 han sido cumplidas. (1)

213. Los esposos se casan sin contrato; quedan regidos por la comunidad legal y, por consiguiente, el marido puede recibir los créditos dotales de la mujer y consentir la cancelación de la inscripción. ¿Pero cómo sabrá el conservador si los esposos no hicieron contrato? Bajo el imperio del Código sucedía amenudo que unos esposos casados bajo el régimen dotal declaraban serlo sin contrato y hacían actas hechas bajo el régimen de la comunidad é ilícitas bajo el régimen dotal. El conservador no tenía ningún medio de asegurarse de si las partes interesadas estaban casadas bajo el régimen de la comunidad legal ó si habían hecho un contrato notariado. Sólo tenía un medio de cubrir su responsabilidad: ¡era negarse á operar la cancelación hasta que una sentencia lo ordenara! Tal era la opinión generalmente seguida; (2) es inútil discutirla, puesto que la nueva ley ha dado al conservador un medio muy sencillo de asegurarse del hecho que tiene interés en conocer. El acta de celebración de matrimonio debe enunciar las convenciones matrimoniales; el conservador puede hacerse presentar esta acta, que le ilustrará acerca de la situación de las partes. Traducimos á lo que fué dicho, acerca de este punto, en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

1 Dijón, 16 de Marzo de 1840 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1069). Denegada, Sala Civil, 12 de Julio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

2 Martou, t. III, p. 267, núm. 1204.