

recho que adquiere en el precio. ¿Es que la quiebra da á los acreedores hipotecarios un derecho en el precio? La pregunta no tiene sentido; no puede haber derecho en el precio en tanto que no haya venta; luego apesar de la quiebra los acreedores deben renovar sus inscripciones hasta la venta del inmueble hipotecado y la fijación definitiva del precio. Creemos inútil insistir habiéndose pronunciado la doctrina y la jurisprudencia en el mismo sentido. (1)

146. Con mayor razón es así cuando una sucesión se acepta bajo beneficio de inventario ó que esté vacante. La aceptación beneficiaria y la herencia vacante no dan ningún derecho á los acreedores hipotecarios sobre el precio del inmueble, su derecho sólo se realiza cuando la venta; hasta entonces deben renovar su inscripción. No hay duda en este punto. (2)

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 375, nota 13, pfo. 280; Dalloz, Repertorio, en la palabra Privilegios, núm. 1670 y 1671. Agréguese Bruselas, 11 de Agosto de 1854 (Pasicrisia, 1855, 2, 124).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 12, pfo. 280 y las autoridades que citan. Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1671. Agréguese Lieja, 9 de Marzo de 1818 (Pasicrisia, 1818, p. 56).

CAPITULO V.

DE LA CANCELACIÓN Y REDUCCION DE LAS INSCRIPCIONES.

SECCION I.—De la cancelación.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

147. La cancelación consiste en la anotación que el conservador hace al margen de la inscripción hecha en los registros de que dicha inscripción está cancelada ó rayada en virtud del levantamiento consentido por el acreedor ó en virtud de una sentencia que ordene la cancelación. De esta manera la inscripción no está borrada ó rayada; los registros deben siempre quedar intactos. Puede suceder que la inscripción rayada sea restablecida; debe, pues, mantenerse, á reserva de que el conservador señale que está rayada ó que sea restablecida después de haber sido cancelada.

148. Se concibe el interés que tiene el propietario del inmueble en que las inscripciones que lo gravan sean canceladas. La inscripción es la manifestación del cargo hipotecario que desmembra la propiedad y disminuye el crédito del propietario; los inmuebles gravados de inscripciones se venden difícilmente y no dan ningún crédito al poseedor, á menos que el valor del bien no sobrepase al monto de los cargos. Cuando hay varios acreedores inscriptos el que está prevaletido por inscripciones anteriores está interesado en

verlas desaparecer, puesto que adquiriendo un lugar más favorable su crédito será tanto más ventajoso y revenderá más fácilmente. Puede también tener otro interés en que las inscripciones estén canceladas; volveremos á este punto.

149. Queda por saber cómo pueden obtener las partes interesadas la cancelación de la inscripción que quisieran borrar. Según el art. 92 (Código Civil, art. 2157) las inscripciones se borran por consentimiento de las partes ó en virtud de una sentencia. La cancelación es, pues, voluntaria ó forzada. Ordinariamente la inscripción debe subsistir tanto tiempo como la hipoteca ó el privilegio, puesto que la inscripción no es más que la manifestación del derecho hipotecario y la condición de su eficacia. No se concibe, pues, que el acreedor consienta en que la inscripción esté cancelada antes de que haya producido sus efectos; es decir, antes de que haya adquirido un derecho en el precio del inmueble ó que haya recibido su pago. Sin embargo, el acreedor puede consentir la cancelación sin que la hipoteca haya producido su efecto. Este es un servicio que presta al deudor; hay que ver cuál es su objeto. Aquel que hace la remesa de la deuda al deudor renuncia implícitamente á la hipoteca y consiente la cancelación de la inscripción; esto es una liberalidad que tiene por causa los sentimientos que inspira toda donación. El acreedor puede también renunciar su hipoteca sin hacer la remesa de la deuda; la renuncia á la hipoteca arrastra igualmente la cancelación de la inscripción, puesto que no puede haber inscripción sin hipoteca. Esta renuncia es también una liberalidad si se hace á título gratuito. En fin, el acreedor puede consentir en la cancelación de la inscripción á la vez que no hace remesa de la deuda ni de la hipoteca; conserva en este caso su derecho hipotecario, sólo que no lo puede hacer valer contra los terceros hasta que haya tomado una nueva inscripción. ¿Cuál es, en este caso, el objeto de la cancelación que con-

siente el acreedor? Hay que ver lo que pasa entre las partes. Si el acreedor consiente en la cancelación para facilitar la venta del inmueble hipotecado podrá tomar una nueva inscripción luego que el comprador haya transcripto; esta inscripción no puede ser opuesta al tercero adquirente, pero tendrá efecto para con un acreedor hipotecario inscripto después de él: es una renuncia al derecho de prosecución, no una renuncia al derecho de preferencia. Si el acreedor consiente la cancelación en favor de otro acreedor hipotecario el objeto de la cancelación es únicamente cederle su lugar; conserva su hipoteca, puede tomar una nueva inscripción, pero será preferido por el acreedor que la tomara después de la cancelación.

No debe, pues, confundirse el consentimiento en cancelar con la remesa de hipoteca: en el primer caso la hipoteca subsiste, en el segundo queda extinguida. Se dice que el acreedor que consiente en cancelar sin hacer reserva se considera como perdonar la hipoteca. (1) Esto no es exacto. Una cosa es la hipoteca y otra es la inscripción; la hipoteca existe, es válida, hasta produce sus efectos entre las partes independientemente de la inscripción; ésta sólo tiene por objeto asegurar al acreedor su derecho de preferencia y su derecho de prosecución; renuncia estos derechos consintiendo la cancelación, pero no renuncia su hipoteca. La significación restringida que damos al consentimiento del acreedor está en armonía con los principios que rigen las renunciaciones; éstas son de estricta interpretación y no se presumen nunca. Y es presumir la renuncia el inducir del consentimiento que da el acreedor para la cancelación su voluntad en renunciar la hipoteca.

150. La cancelación forzada se hace siempre cuando la inscripción no tiene ya razón de ser, según la ley; lo que supone que la hipoteca no existió nunca legalmente ó que

1 Durantón, t. XX, p. 288, núms. 183 y 184.

está extinguida. No se puede decir, no obstante, que la cancelación pronunciada por sentencia tenga por efecto extinguir la hipoteca; el juez, al ordenarla, sólo declara que no hubo nunca hipoteca ó que dejó de existir.

151. Cualquiera inscripción hipotecaria puede ser cancelada. Las reglas que la ley establece acerca de la cancelación no se aplican, sin embargo, á toda clase de hipotecas. Las que la ley establece en favor de los menores, de los interdictos y de las mujeres casadas están regidas por principios especiales en lo que se refiere á la cancelación voluntaria.

La ley permite al tutor y, en ciertos casos, al marido pedir la reducción de las inscripciones tomadas en sus bienes: no habla de la cancelación; la cuestión de saber si unas inscripciones tomadas en favor de los menores y de la mujer casada pueden ser canceladas durante la tutela ó durante el matrimonio está controvertida; trasladamos á lo dicho ya acerca de las hipotecas legales. Cuando el menor se ha vuelto mayor de edad y que el matrimonio está disuelto por la muerte ó el divorcio la mujer recobra la plenitud de su capacidad jurídica y el menor adquiere el ejercicio de sus derechos; entran entonces en el derecho común, salvo, como lo diremos más adelante, la garantía especial que la ley da al menor mientras que el tutor no entregó cuentas.

Lo que decimos de la hipoteca de la mujer recibe una excepción.

La ley permite que la mujer renuncie indirectamente las inscripciones tomadas en los bienes de su marido, obligándose por interés de éste para con un tercero adquirente ó de un tercero hipotecario. Transladamos á lo dicho acerca del art. 71. Se entiende que en este caso no se tienen que observar las formalidades que la ley prescribe cuando el marido es quien pide la reducción ó, si há lugar,

la cancelación de las inscripciones tomadas por la mujer ó en su nombre. (1)

152. Hay también algo de especial en lo que se refiere á la inscripción de oficio que el conservador tiene que tomar para los privilegios que se conservan por la transcripción. La ley no permite al acreedor privilegiado renunciar este suplemento de publicidad que no está introducido en su favor; si dispensa al conservador de tomar la inscripción de oficio la ley lo declara decaído de su privilegio, el que se transforma en hipoteca (art. 86). Síguese de esto que renunciar la inscripción de oficio es renunciar el privilegio. El acreedor, siempre que sea capaz de renunciar el privilegio, puede consentir la cancelación de la inscripción de oficio, pero este consentimiento implicará renuncia de su privilegio y le obligará á tomar una inscripción para conservar su hipoteca. Se objeta que esto es presumir una renuncia ó, cuando menos, pronunciar un decaimiento sin texto. (2) No es interpretar el consentimiento dado por el acreedor en la cancelación de la inscripción y no se puede interpretar de otro modo, pues á diferencia de la inscripción ordinaria, que da lugar al acreedor, la inscripción de oficio no le da lugar, puesto que es la transcripción la que conserva el privilegio del acreedor; no se puede, pues, decir que consintiendo la cancelación el acreedor renuncia sólo su lugar. La inscripción no está prescripta en interés del acreedor, está requerida en interés de los terceros; debe concluirse ó que no la puede borrar ó que sólo lo puede hacer renunciando su privilegio.

1 Compárese Casación, 12 de Febrero de 1811 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2687). Metz, 13 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 243).

2 Martou, t. III, p. 276, núm. 1218. Compárese, para el derecho francés, Aubry y Rau, t. III, p. 390, nota 18, pfo. 280.

§ 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 concurso 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 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 2722, 2.º) Bruselas, 16 de Diciembre de 1857 (Pasirisia, 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 prevalecido 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? Nó, 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.