

tivo de que los acreedores no habían consentido la cancelación; y la ley quiere que la cancelación se haga con consentimiento de las partes interesadas. (art. 92; Código Civil, art. 2157). ¿Qué contesta la Corte? Que los acreedores no tienen más derechos que su deudor y que, por tanto, están representados en la instancia en que figura su deudor. (1) Hemos combatido (t. XX, núms. 105-106) esta falsa teoría que hoy está generalmente abandonada; los acreedores hipotecarios no están representados por el deudor; no se les puede oponer la sentencia en que el deudor sólo estuvo en causa; por tanto, las inscripciones tomadas por ellos no podrán ser canceladas más que en virtud de su consentimiento ó de una nueva sentencia. (2) La doctrina está en este sentido. (3)

*Núm. 4. ¿Ante qué tribunal debe llevarse la demanda?*

187. «La demanda de cancelación por acción principal será llevada ante el tribunal en cuya jurisdicción fué tomada la inscripción» (art. 94; Código Civil, art. 2159). Y esta inscripción está tomada en la oficina de conservación en la jurisdicción de la que los bienes sometidos al privilegio ó hipoteca están situados (art. 82; Código Civil, art. 2146). La acción es, pues, en apariencia, una acción real, puesto que se lleva ante el tribunal en cuya jurisdicción están situados los inmuebles. Tal es, en efecto, la opinión de la mayor parte de los autores. (4) Sin embargo, la demanda de cancelación, aunque relativa á un inmueble que se trata de libertar de la inscripción que lo grava, no tiene por ob-

1 París, 12 de Abril de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 434).

2 Sentencia del Tribunal de Châteauroux, muy bien motivada, de 29 de Noviembre de 1852 [Dalloz, 1854, 5, 434].

3 Martou, t. III, p. 278, núm. 1219. Pont, t. II, p. 456, núm. 1094. Aubry y Rau, t. III, p. 391, nota 22, pfo. 281.

4 Durantón, t. XX, p. 327, núm. 205. Martou, t. III, p. 286, núm. 1230. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 452, núm. 1088.

jeto el inmueble ni un derecho real inmobiliario; tiende á borrar la inscripción que se encuentra en un registro; no se intenta contra el propietario del inmueble ni contra el detentor, ni siquiera contra una persona que tenga un derecho real. Durantón dice que la inscripción es el signo del derecho real y el medio de ejercerlo; es verdad que la hipoteca tiene que ser inscripta para que el acreedor pueda ejercer los derechos que están ligados á ella, pero de esto no se sigue que la inscripción tome el carácter de la hipoteca y se vuelva un derecho real; es la simple publicidad dada á un derecho real; y cuando se pide la cancelación de la inscripción no se pide que el tribunal decida que el derecho real no existe, se pide que ordene la cancelación por motivo de que el derecho real no existió nunca ó que dejó de existir. No hay, pues, nada real en esta acción. Si la ley quiere que se lleve ante el tribunal de la situación de los bienes es únicamente, como lo dice el art. 94 (Código Civil, art. 2159), porque es en la oficina de conservación que se encuentra en dicha jurisdicción en donde las inscripciones fueron tomadas.

188. El art. 94 (Código Civil, art. 2154) agrega una condición para determinar la competencia; exige que la demanda de cancelación esté llevada ante los tribunales por *acción principal*, lo que implica que la demanda no tiene que ser llevada ante el tribunal de la jurisdicción de los bienes cuando es incidente. Para determinar si la demanda es principal ó incidente hay que ver cuál es su objeto; si el demandante no concluye más que á la cancelación de la inscripción sin contestar el crédito que está garantizado por la hipoteca la acción es principal, pero si la cancelación sólo se pide á consecuencia de la nulidad ó de la extinción de la obligación para la seguridad de la que fué tomada la inscripción la demanda es incidente. Sólo la de-

manda principal es la que tiene que llevarse ante el tribunal de la situación de los bienes; mejor dicho, de la jurisdicción en que fué tomada la inscripción, porque ahí se encuentran los registros en que se hizo la inscripción. Si la contestación recae en el crédito garantizado por la hipoteca el objeto principal de la demanda no es ya la inscripción, es el crédito; luego se permanece dentro del derecho común en lo que se refiere á la competencia; siendo la acción personal será llevada ante el tribunal del domicilio del demandado; el juez de la situación de los bienes no tiene ninguna calidad para conocer. Será el tribunal ante el que se lleva la acción principal el que decidirá, por vía de consecuencia, si la inscripción debe ser borrada. (1)

Por aplicación de este principio la Corte de Casación ha sentenciado que el tribunal de comercio, conociendo de una demanda de nulidad de una obligación mercantil, puede ordenar la cancelación tomada para seguridad de la deuda; en efecto, esta inscripción tiene necesariamente que desaparecer á consecuencia de la nulificación de la obligación; anular ésta es cancelar implícitamente la inscripción. De esto se sigue que es muy lógico que el tribunal, después de haber anulado el crédito, ordene la cancelación de la inscripción hipotecaria. (2)

189. ¿La acción de cancelación de la hipoteca legal de los incapaces está sometida á la regla del art. 94? (Código Civil, art. 2159). En lo que se refiere á la hipoteca de los menores é interdictos la negativa no es dudosa. Según el art. 60 es el consejo de familia quien pronuncia la reducción y, en nuestra opinión, la cancelación, si há lugar, de la inscripción tomada en los bienes del tutor cuando es excesiva ó inútil. Este texto establece ya una diferencia esen-

1 Informe de la comisión especial (Parent, ps. 56 y siguientes).

2 Denegada, 11 de Febrero de 1834 (Daloz, en la palabra Competencia mercantil, núm. 352).

cial entre la demanda de cancelación ordinaria y la cancelación que el consejo de familia puede pronunciar. Para esto no es necesario una acción, ni siquiera una demanda; el consejo de familia puede, en caso necesario, tomar la iniciativa y decidir que la inscripción será caducada ó borrada. El art. 60 añade que la deliberación del consejo de familia será sometida á la homologación del tribunal. ¿Cuál es este tribunal? Es el del domicilio del menor, pues en este domicilio se reúne el consejo de familia y es este tribunal el que está llamado á homologar, si hay lugar, la decisión del consejo. El art. 94 (Código Civil, art. 2159) no es aplicable porque la cancelación no está pedida por vía de acción judicial. (1)

190. El marido puede pedir también la reducción, y si hay lugar, la cancelación de las inscripciones que fueron tomadas en sus bienes durante el matrimonio, ya sea por la mujer ó en su nombre. Esta demanda es una acción judicial; ¿debe concluirse de ello que el art. 94 (Código Civil, art. 2159) debe recibir su aplicación? Se puede sostenerlo fundándose en los términos generales de la ley; la cancelación forzada se refiere á las hipotecas legales tanto como á las demás hipotecas, puesto que el art. 95 quiere que la cancelación esté ordenada cuando la inscripción fué hecha sin fundamento de ley; luego la competencia fijada por el derecho común, á no ser que se le derogue. El art. 60 lo deroga para la hipoteca legal del menor; la cuestión está en saber si el art. 72 contiene una excepción para la hipoteca de la mujer casada. No hay derogación terminante, pero, en nuestro concepto, la excepción resulta implícitamente del texto y del espíritu de la ley. Esta quiere que el tribunal tome el parecer de los tres parientes más cercanos de la mujer, y estos parientes deben ser escogidos en un perímetro de dos miriámetros. ¿Por qué esta distancia? No se cal-

1 Martou, t. III, p. 289, núm. 1233.

cula seguramente en atención á la situación de los bienes hipotecados, estos bienes pueden encontrarse más lejos del domicilio de los esposos; es donde los esposos tienen su establecimiento principal donde puede esperarse encontrar parientes de la mujer y, á falta de parientes, personas que tienen con la familia de la mujer relaciones de amistad. Todas las disposiciones relativas á la hipoteca legal de la mujer están concebidas con el mismo espíritu. Es el presidente del tribunal del domicilio de los esposos quien autoriza á la mujer ó á sus parientes y aliados para requerir las inscripciones; es el juez de paz del cantón de este domicilio y el Procurador del Rey del tribunal de este mismo domicilio quienes requieren de oficio las inscripciones en nombre de la mujer. ¿No es natural que la ley atribuya también á este tribunal competencia para la cancelación y reducción de las inscripciones? Si la demanda de cancelación está fundada en que la inscripción no tiene causa legal la competencia de este tribunal no es dudosa, puesto que la cancelación será la consecuencia de una demanda principal tendiendo á que se resuelva que la mujer no tenía crédito garantizado por una hipoteca. Sólo hay duda cuando la demanda tiene por objeto reducir los inmuebles en que se tomaron las inscripciones; en nuestro concepto el texto y el espíritu de la ley (art. 72) deroga la regla del art. 94. (1)

191. El art. 94 (Código Civil, art. 2159) añade: «Sin embargo, la convención hecha por el acreedor y el deudor de reportar, en caso de contestación, la demanda ante un tribunal designado recibirá su ejecución entre ellos.» Esto es una consecuencia del principio de que la competencia en esta materia no es de orden público (núm. 187); las partes interesadas pueden derogarlo, pues. Fundándose la derogación

1 Beckers, De las hipotecas legales, p. 201, núm. 163. Compárese Martou, t. III, ps. 289 y siguientes, núm. 1233.

en una convención resulta que sólo liga á las partes contratantes. Si interviene entre el acreedor y el deudor como lo supone la ley los terceros no pueden prevalecerse de ella, así como no se le puede invocar contra ellos; permanecen bajo el imperio del derecho común.

192. ¿Está sometida la demanda de cancelación á los preliminares de conciliación? Bajo el imperio del Código Civil la cuestión estaba controvertida. (1) Los autores de la nueva ley levantaron la dificultad asimilando la acción de cancelación á las demandas urgentes que están dispensadas de preliminares de conciliación; en efecto, la experiencia prueba que en un gran número de casos la demanda requiere pronta resolución.

193. El § 3 del art. 94 (Código Civil, art. 2159) dice: «Las acciones á que pueden dar lugar las inscripciones contra los acreedores serán intentadas por cita hecha en sus personas ó en el último domicilio elegido en el registro; y esto apesar de muerte, ya sea del acreedor ó de aquellos en cuya casa había elegido domicilio.» ¿Qué es lo que entiende la ley por cita hecha á la *persona*? De derecho común las citas se notifican en el domicilio real; cuando el acreedor ha elegido un domicilio el demandante de cancelación tiene ordinariamente que notificar la demanda en aquel domicilio; esto es el efecto de la elección de dicho domicilio. Pero el art. 111 dice sólo que las notificaciones *podrán* hacerse en el domicilio elegido: nada impide, pues, que la demanda sea notificada en el domicilio real, sin ser entregados á la persona, como parece decirlo el texto; no hay que revolver contra el demandante una disposición que parece haber sido hecha en su favor. (2)

194. ¿Dónde debe hacerse la notificación de la sentencia que pronuncia la cancelación? La cuestión está controver-

1 Pont, t. II, 451, núm. 1086.

2 Martou, t. III, p. 291, núm. 1136.

tida y hay una duda. Según el art. 548 del Código de Procedimientos las sentencias que pronuncian un levantamiento ó una cancelación de hipoteca no serán ejecutorias por los terceros ó contra ellos más que certificando un abogado, cuyo certificado contendrá la fecha de la notificación de la sentencia hecha en el *domicilio* de la parte condenada. Por *domicilio* la ley entiende el domicilio real, se dice; luego la cuestión está decidida por el texto. Pero hay todavía otro texto, es el art. 111 que dice: «Cuando una acta contenga elección de domicilio para la ejecución de la misma acta en otro lugar que el domicilio real las notificaciones, demandas y prosecuciones relativas á dicha acta podrán hacerse en el domicilio convenido.» Hé aquí una disposición especial al domicilio elegido y, á la vez, general; es decir, aplicable á toda clase de notificaciones. ¿No debe concluirse que la notificación de la sentencia que pronuncia la cancelación puede hacerse en el domicilio elegido? El art. 83 de la Ley Hipotecaria, que prescribe una elección de domicilio en la inscripción, confirma esta interpretación; resulta que todas las notificaciones relativas á la inscripción podrán hacerse en el domicilio elegido, y á falta de elección de domicilio al Procurador del Rey. En fin, es en este sentido en el que el informe dado á la Cámara por M. Lelièvre decide la cuestión; el espíritu de la ley viene, pues, en apoyo de los textos, tal como los interpretamos. (1)

*Núm. 5. ¿Cuándo puede operarse la cancelación?*

195. La inscripción no puede ser cancelada más que en virtud de una sentencia de última instancia pasada á autoridad de cosa juzgada (art. 92; Código Civil, art. 2157). Es, pues, necesario que la decisión judicial sea irrevocable.

1 Martou, t. III, p. 292, núm. 1237 y los autores que cita. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, p. 393, nota 25, pfo. 281 y las autoridades que citan.

Mientras pueda ser revocada habría peligro en borrar la inscripción, puesto que el acreedor perdería su lugar con una cancelación que no sería definitiva y que, por tanto, se hiciera en menosprecio de su derecho.

Síguese de esto que si la sentencia es susceptible de apelación la cancelación no puede hacerse durante los plazos de la oposición ó de la apelación, á no ser que haya habido consentimiento, como lo diremos más adelante. Cuando han fenecido los plazos la cancelación puede hacerse si no hubo oposición ni apelación; es, pues, necesario que aquel que requiere la cancelación justifique en las formas requeridas por la ley de procedimientos (art. 548) que la sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada; para este efecto tendrá que presentar al conservador un certificado de su abogado, comprobando la fecha de la notificación de la sentencia, y un certificado del secretario que compruebe que en los registros de la secretaría no se hizo ninguna oposición ni apelación. (1)

196. La sentencia que pronuncia la cancelación puede adquirir fuerza de cosa juzgada antes del vencimiento de los plazos de oposición ó de apelación, si la parte condenada lo consiente. Esto es el derecho común; hay, sin embargo, una condición especial de forma: para que la aquiescencia autorice al conservador á cancelar la inscripción es necesario que haya sido dada por acta auténtica. En efecto, resulta del art. 93 (Código Civil, art. 2153) que la cancelación no puede hacerse más que por presentación de una acta auténtica. Cuando se trata de cancelación ordenada por el juez es necesario una copia de la sentencia, y como la sentencia, en el caso, no adquirió fuerza de cosa juzgada la aquiescencia completa es lo que le falta para que la inscripción pueda hacerse; luego la aquiescencia es uno de

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 393 y siguientes, nota 27, pfo. 281.

los elementos de la sentencia judicial; por tanto, tiene que ser dada en forma auténtica. (1)

¿Es necesario, además de la conformidad, que el requirente presente los certificados exigidos por el Código de Procedimientos? (art. 548). Así fué sentenciado, pero el error no parece seguro. Si la ley quiere que el requirente produzca certificados del abogado y del secretario es para que conste que la sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada, y la conformidad le da esta fuerza; luego la conformidad dada en acta auténtica debe reemplazar las piezas exigidas por el Código de Procedimientos, si no la conformidad no tendría ningún efecto. (2)

197. El recurso de casación no impide que la sentencia tenga fuerza de cosa juzgada, y, por consiguiente, la cancelación puede hacerse en virtud de la sentencia ó del decreto que la ordenó. ¿Pero qué sucederá si estas decisiones son casadas y si en la devolución se ordena que la inscripción quede restablecida? La dificultad está en saber cuál será el rango del acreedor. Se supone que durante el recurso otras inscripciones fueron tomadas; ¿teniendo estas inscripciones fecha antes de la que tendrá que tomar el acreedor cuya inscripción había sido cancelada éste perderá su lugar y lo prevalecerán los demás acreedores que, en realidad, habrán sido inscriptos después de él? Si se tuviera en cuenta sólo el derecho del acreedor cuya inscripción fué borrada y luego restablecida habría que decir que debe prevalecer á los acreedores inscriptos durante el recurso. En efecto, la decisión en virtud de la cual la inscripción fué cancelada, siendo casada la sentencia que ordenó la cancelación, se considera como no haber sido pronunciada; luego también la cancelación debe ser considerada como no existente; por

1 Sentencia del Tribunal de Châteauroux de 19 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1854, 5, 434).

2 Rouen, 8 de Febrero de 1842 (Dalloz, 1845, 2, 3). En sentido contrario, Martou, t. III, p. 279, núm. 1222.

tanto, la inscripción borrada debe ser restablecida con el lugar que tenía. La justicia lo exige: el acreedor no puede ser despojado del lugar que le daba su inscripción en virtud de una decisión que fué casada; quitarle su lugar es despojarlo de su derecho.

Esta opinión fué sostenida por Persil, (1) pero ha quedado casi aislada. Se admite generalmente que la inscripción restablecida queda prevalecida por las que fueron tomadas durante el recurso de casación. El principio de la publicación, dicen, lo exige así. En efecto, el acreedor que trata con el deudor lo hace por el certificado que le entrega el conservador de las hipotecas, y este certificado no da á conocer las inscripciones borradas en virtud de una decisión judicial, aunque hubiere recurso contra la sentencia; si después la inscripción borrada fuera restablecida en su lugar primitivo los terceros que tratan con el dendor ignorando esta inscripción borrada y luego restablecida resultarían engañados y, por consiguiente, el objeto de la publicidad no quedaría alcanzado. (2) Esto es verdad; el interés de los terceros se encuentra aquí en conflicto con el derecho del acreedor; ¿la cuestión está en saber cuál debe prevalecer? En nuestro concepto es el derecho del acreedor primitivo; tiene un derecho adquirido, un derecho consagrado por las decisiones judiciales que lo han mantenido; debe prevalecer á una inscripción posterior. Sin duda el acreedor que será preferido por una inscripción vuelta á restablecer, de la que no pudo adivinar la existencia, podrá quejarse de que la publicidad no le ofrece la garantía que debiera haberle dado: la culpa es del legislador, quien debiera haber suspendido el efecto de las decisiones ordenan-

1 Persil, t. I, p. 473, art. 2134, núm. VI; Battur, t. IV, núm. 690.

2 Durantón, t. XX, p. 317, núm. 202 y todos los autores, menos Persil y Battur. París, 15 de Abril de 1811; Douai, 10 de Enero de 1812 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 2739 y 2740).

do una cancelación sólo hasta que el plazo de recurso hubiera fenecido ó hasta la sentencia de casación. De este modo debería ser suspensiva tanto como la apelación. ¿En quién debe recaer la falta del legislador? Creemos que la fuerza debe darse á las decisiones judiciales que lo consagran.

198. La cuestión que discutimos presenta también otra dificultad. Se supone que había inscripciones anteriores á las que fueron tomadas durante el recurso. ¿La inscripción restablecida volverá á tomar para con éstos el lugar que tenía? La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la afirmativa. (1) Se dice que los acreedores no pueden invocar el principio de la publicidad, puesto que en el momento en que trataron con el deudor la inscripción litigiosa existía aún en los registros; no fueron, pues, engañados; no pueden invocar la sentencia en virtud de la cual la inscripción fué borrada, puesto que no fueron partes en ella; habiendo sido anulada esta sentencia por la sentencia de casación se vuelven á encontrar en la misma situación que tenían antes de la cancelación. Esto es verdad, pero hé aquí la complicación que va á resultar. Los acreedores, antes del restablecimiento de la inscripción, prevalecen á los acreedores cuya inscripción, después de haber sido borrada, está restablecida; y les prevalecen los acreedores inscriptos antes de la cancelación, los que son prevalecidos por el acreedor cancelado. Este resultado es tan bien contrario á los principios que rigen las inscripciones hipotecarias. La fecha es la que fija el lugar de los diversos acreedores inscriptos; mientras que en el caso el lugar no depende ya de la fecha; el acreedor cuya inscripción fué restablecida tiene un doble lugar, lo prevalecen los acreedores inscriptos durante la casación, mientras que él prevalece á los acreedores inscrip-

1 Martou, t. III, p. 281, núm. 1224. Douai, 16 de Enero de 1812, y París, 12 de Junio de 1815 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2740].

tos anteriormente, los que prevalecen á los acreedores inscriptos durante el recurso. Esto parece una red de contradicciones. Hé aquí la solución práctica que Durantón ha dado á esta dificultad; no resuelve el conflicto del principio: "Se coloca primero á los acreedores anteriores al acreedor cancelado; luego á éste; después de él á los acreedores posteriores en fecha, pero anteriores á la cancelación; en fin, los que se inscribieron después de la cancelación y antes del restablecimiento de la inscripción; pero estos últimos, y cada uno según su rango, toman, hasta debida concurrencia, el monto de la colocación del acreedor cuya inscripción fué borrada. Es verdad que de este modo quedan pagados de preferencia á unos acreedores que les son anteriores en orden de hipotecas, pero esto es un resultado de la posición de las cosas; estos últimos acreedores no pueden, además, quejarse, puesto que les prevalecía aquel á quien los demás han quitado la colocación. Debe, pues, importarles poco quiénes perciban el monto de esta colocación, puesto que era anterior á los suyos, se supone." (1)

#### SECCION II.—De la reducción.

199. La reducción de la inscripción es una cancelación parcial; se puede hacer en los inmuebles gravados con hipotecas ó sobre un crédito hipotecario. Puesto que la reducción es una especie de cancelación está sometida, en general, á los mismos principios. Sin embargo, hay alguna diferencia.

200. La reducción es voluntaria ó forzada; en lo relativo á la reduccion voluntaria hay una diferencia entre la cancelación y la reducción. La reducción que recae en los inmuebles no puede ser consentida más que por aquellos que tienen la libre disposición de sus bienes si la reducción im-

1 Durantón, t. XX, p. 318, núm. 203.