

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. Transladamos á lo que fué dicho, acerca de este punto, en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

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

2 Martou, t. III, p. 267, núm. 1204.



214. Los esposos se casan bajo el régimen de la comunidad, pero modificada; es el régimen de comunidad convencional. ¿Tiene el marido bajo este régimen el derecho de recibir los créditos dotales de la mujer? ¿Puede consentir la cancelación de las inscripciones hipotecarias que garantizan estos derechos? Esto depende de las convenciones matrimoniales. Es, pues, por estas convenciones por lo que el conservador puede asegurarse de si el marido tiene capacidad para consentir la cancelación de las inscripciones; por tanto, tiene el derecho de exigir que le sean presentadas. En un caso sentenciado por la Corte de París se había presentado al conservador un extracto del contrato de matrimonio que decía que los esposos estaban casados bajo el régimen de la comunidad, salvo algunas modificaciones; la Corte decidió que este extracto era insuficiente, puesto que no daba á conocer las modificaciones que los esposos habían hecho á la comunidad legal, y son precisamente estas modificaciones las que debe conocer el conservador. En efecto, dice la Corte el régimen de la comunidad no excluye las reservas que la mujer hace de administrar ella misma ciertos bienes, percibir ciertos capitales, dar recibos y, por consiguiente, consentir levantamiento de las inscripciones diferentes á dichos créditos. De esto se sigue que el levantamiento dado por el marido solo, sin producción del contrato ó del extracto que establece su capacidad personal y exclusiva para dar la cancelación, es insuficiente. (1)

215. Bajo el régimen dotal la capacidad del marido y de la mujer casada está limitada por el principio de inalienabilidad de la dote, principio que la jurisprudencia extiende á la dote mobiliario. Si se trata de un crédito dotal garantizado por una hipoteca el deudor puede, en verdad, pagarlo; pero se debe ver bajo qué condiciones lo pueden recibir los

1 París, 17 de Abril de 1843 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2699, 6.º) Martou, t. III, p. 266, núm. 1203.

esposos. De ordinario en el contrato se estipula la cláusula de inversión y el modo de hacerla. Se considera esta cláusula como obligatoria para los terceros y se concluye que los deudores están obligados á vigilar la inversión de las cantidades que reembolsan; de modo que no se liberan válidamente si se hace de otro modo la inversión del capital dotal. Nos trasladamos en cuanto al principio á lo dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Si se admite el principio la consecuencia en lo relativo al poder de consentir el desembargo de las inscripciones hipotecarias es evidente. La Corte de Casación lo consagró, recordando el principio de inalienabilidad de la dote, deduciendo la consecuencia de que el marido y la mujer no tienen capacidad para consentir la cancelación de las inscripciones hechas para seguridad de la dote, porque cancelar la inscripción es hacer ineficaz la hipoteca en la que descansa la garantía de la dote; hacer el desembargo de la inscripción es, pues, enajenar indirectamente el crédito dotal. De aquí la consecuencia de que los esposos no pueden hacer el desembargo de la inscripción sino después del pago del crédito dotal y á condición de que el pago se haya hecho conforme á las cláusulas del contrato de matrimonio. En la especie los esposos habían substituido el reemplazo con hipoteca expresamente estipulada por su contrato de matrimonio, otro modo de reemplazo que no ofrecía las mismas garantías; lo que era decisivo. Resultaba que el pago no era válido y, por consiguiente, el marido no tenía calidad para consentir la cancelación. De ahí la consecuencia, dice la sentencia, que en el estado de hechos el conservador de hipotecas había podido y debido, para no comprometer su responsabilidad, dejar á la justicia la apreciación de motivos en los que ambos esposos se fundaban para establecer su capacidad de consentir la cancelación de la inscripción. (1)

1 Casación, 9 de Junio de 1841 (Dalloz, palabra Privilegios, núm. 2699, 1.º)



216. La cláusula de inversión puede estipularse en todos los regímenes. Si, conforme á las convenciones matrimoniales es obligatoria para los terceros, se deben aplicar los principios que acabamos de exponer. El conservador tendrá el derecho y el deber de negarse á la cancelación hasta que el requirente justifique que el crédito ha sido válidamente pagado porque el marido no puede consentir la cancelación sino hasta después de extinguida la deuda. Para que pase así es preciso que la inversión sea obligatoria. Hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio* que la inversión es en principio facultativa, pero puede llegar á ser obligatoria en virtud de las convenciones matrimoniales, aun con respecto á los terceros; en este caso la validez del desembargo depende de la validez del pago. Sucedería lo mismo, en nuestro concepto, si la cláusula de inversión estaba estipulada por el donante ó por el testador; los que dan pueden ligar á su liberalidad la condición de que el marido deberá hacer inversión y no podrá consentir la cancelación sino después de haber hecho la inversión determinada. Se ha objetado que si fuera así dependería del disponente hacer inenajenable el bien. Nó, la cláusula de inversión no es la inenajenabilidad. (1) En cuanto á la cuestión de saber si la inenajenabilidad puede ser estipulada por los esposos ó impuesta por el donante ó testador ya la hemos examinado en los títulos *De las Donaciones* y *Del Contrato de Matrimonio*.

217. Una sentencia pronuncia la separación de cuerpos y de bienes; los esposos liquidan sus derechos y, especialmente, las devoluciones de la mujer. Después el marido requiere la cancelación de la inscripción hecha por la mujer en sus bienes, depositando, en apoyo de su demanda, un extracto del proceso verbal que contenga la liquidación de las devoluciones de su mujer. El conservador exige que el

1 Martou, t. III, p. 265, núm. 1202, según una sentencia de la Corte de Rouen de 16 de Diciembre de 1850.

marido le entregue una copia de la sentencia. Denegación del marido y sentencia de la Corte de Rouen que le hace ganar la causa. En el recurso la decisión fué casada, y debía serlo. Para que la mujer pueda hacer desembargo de su inscripción se necesita que esté separada de bienes y que haya recibido lo que se le debía por sus devoluciones, y el extracto del proceso verbal de liquidación no ministraría esta prueba; luego para poner á cubierto su responsabilidad el conservador tenía derecho á exigir el depósito en su oficina de una copia de la sentencia que había pronunciado la separación y ordenado la liquidación de las devoluciones de la mujer. (1)

218. La cancelación de las inscripciones hechas en nombre de las sociedades de comercio hace surgir también la cuestión de capacidad. Se necesita que aquel que en nombre de la sociedad consiente el desembargo tenga capacidad para hacerlo; debe, pues, producir el acta social si dicha acta está en su poder ó el mandato auténtico y especial que le ha dado el derecho de consentir la cancelación sin que haya habido pago. En este punto no podría haber duda. Esta es la aplicación de la ley y de los principios que hemos establecido antes (núms. 172 y 173). (2)

Si el acta de sociedad no contenía ninguna cláusula á este respecto se quedaba bajo el imperio del derecho común; por tanto, el administrador que consintió la cancelación sin un mandato especial deberá probar por recibo auténtico que la deuda se ha extinguido; porque solamente en esta hipótesis pasa que un simple administrador tenga calidad para consentir una cancelación. Hay dos decisiones, en sentido contrario, de la Corte de Bruselas; ya las hemos indicado; es inútil combatirlas; Martou lo hace y su crítica es irrefutable. (3)

1 Casación, 18 de Mayo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 175).

2 Martou, t. III, p. 273, núm. 1202 y nota 2.

3 Martou, t. III, pá. 269 y siguientes, núm. 1209.



Si se trata de una sociedad en nombre colectivo uno de los socios tiene calidad para consentir solo el desembargo de una inscripción hipotecaria que él solo había hecho en nombre de la sociedad bajo la razón social. La Corte de Casación lo juzgó así por motivo de que los socios estaban obligados solidariamente á la ejecución de los compromisos hechos por uno de ellos; el conservador no tenía, pues, que correr ningún riesgo, no teniendo los socios acción contra él. Y es sólo en razón de su responsabilidad por lo que tiene derecho á asegurar la capacidad de los que consienten la cancelación; lo cual es decisivo. (1) La sentencia atacada lo decidió así, pero por muchas malas razones que la Corte se había apropiado al adoptar los motivos del primer juez; la Corte de Casación no reprodujo estos motivos, de modo que sería inútil discutirlos.

219. Muy amenudo sucede que las actas de sociedad se modifican; estas modificaciones deben ser transcriptas y publicadas por el Tribunal de Comercio. ¿Puede el conservador pedir que le presente el acta en que constan dichas modificaciones? Esto nos parece cierto, y no menos se conforman con un certificado del secretario que hace constar que los poderes del que ha consentido la cancelación no han sido modificados. (2) La Corte de Caen dijo más: habiendo negado el secretario el certificado que se le pedía la Corte se conformó con una acta notariada. (3) Esto está del todo fuera de la ley; hay una acta, el conservador tiene derecho ó interés de conocerla; desde luego si la exige el requirente debe presentarla.

220. Un legatario universal instituido por acta auténtica recibe el reembolso de un crédito inscripto en nombre

1 Denegada, 19 de Agosto de 1845 (Daloz, 1845, 1, 347).

2 Amiéns, 31 de Diciembre de 1851 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2699, 7.º) Martou, t. III, p. 273, núm. 1212.

3 Caen, 7 de Enero de 1852 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 2700, 3.º)

del testador; consiente la cancelación de la inscripción. El requirente producía el acta auténtica de pago y la copia del testamento. El conservador, fundándose en una instrucción del año X, exigía una acta notariada que comprobara que no había herederos reservados. Esta pretensión fué admitida por la Corte de Lieja; la sentencia dió un singular motivo: que el conservador no tenía relaciones personales con la familia del difunto. (1) ¿Y qué importa? Había una cuestión de derecho que examinar. Como no se presentaban herederos reservados el legatario universal tenía el derecho de recibir los créditos hereditarios y hacer el desembargo, aunque sólo fuese en calidad de heredero aparente. La responsabilidad del conservador estaba, pues, á cubierto. Y aun suponiendo que pudiese buscarse el acta notariada no lo descargaría, porque esta acta sólo probaba su buena fe y la cuestión se refería al derecho del legatario, así como al derecho del conservador. En principio la decisión no es dudosa.

221. Los conservadores de hipotecas se muestran muy exigentes y lo más amenudo los tribunales les dan razón. Pero sucede que algunas veces son demasiado exigentes. Se pregunta si en este caso debe condenárseles á los gastos. Y como los quejosos temerarios pueden ser condenados á los daños y perjuicios aun se podría preguntar si el conservador puede ser condenado á los daños y perjuicios cuando sucumba. La jurisprudencia se ha dividido en lo relativo á los gastos; la mayoría de las sentencias se pronuncia contra el conservador condenándolo á los gastos. La cuestión se debe decidir conforme á los principios que hemos establecido en el título *De las Obligaciones*. El hecho que se imputa al conservador es un cuasidelito. Y está obligado á los

1 Lieja, 3 de Diciembre de 1857 [Pasicrisia, 1858, 2, 56]. En sentido contrario, Cloes, t. III, p. 208, núm. 356.



cuasidelitos, puesto que la ley lo declara responsable. ¿Cuándo lo es? Cuando hay una falta que reprocharle. ¿Hay falta únicamente porque sucumba el conservador? Tal es la dificultad. Conforme al Código de Procedimientos cualquiera parte que sucumbe está condenada á los gastos (artículo 136); esta es una presunción de culpa. ¿Se la debe uno aplicar al conservador? Se halla en una situación especial; si se niega á cancelar es porque teme comprometer su responsabilidad procediendo á la cancelación; tiene, pues, un motivo legítimo para negarse y litigar. Sin embargo, puede sobrepasar los límites de una defensa legítima, negándose á cancelar cuando no corre ningún riesgo al cancelar. En este caso hay culpa y debe soportar la consecuencia pagando las costas.

La jurisprudencia está en ese sentido. Se ha juzgado que la negativa del conservador, en la especie, no se apoyaba en una duda seria; había lugar á condenarle á los gastos. (1) La Corte de Rouen condenó al conservador á los gastos por motivo de que habían sido ocasionados por una resistencia mal fundada. (2) De igual modo la Corte de Metz, al reformar en este punto la sentencia de primera instancia, decidió que no había ningún motivo para aplicar al conservador la regla del art. 130 del Código de Procedimientos; en la especie el conservador había fundado su resistencia no en una falsa apreciación de los hechos sino en una falsa interpretación de la ley; (3) y este es uno de los casos en que hay culpa, conforme á los arts. 1382 y 1383, estando el conservador, por la naturaleza de sus funciones, obligado á conocer el derecho. La Corte de Douai se mostró más indulgente juzgando que el conservador no debía ser condenado á las costas por razón de que se hubiera negado á

1 Denegada, 11 de Julio de 1843 (Daloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 4033).

2 Rouen, 13 de Enero de 1845 (Daloz, 1845, 4, 107).

3 Metz, 13 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1856, 2, 243).

operar la cancelación de buena fe para cubrir su responsabilidad. (1) Creemos que esto es sobrepasar la ley; la buena fe no impide que haya un hecho perjudicioso; solamente cuando el autor del hecho es de buena fe hay un cuasidelito, mientras que hay delito cuando es de mala fe; y el conservador, como toda persona, responde de sus cuasidelitos.

SECCION IV.—Efectos de la cancelación y de la reducción

§ I—PRINCIPIO.

222. ¿La cancelación total ó parcial tiene por objeto extinguir la hipoteca total ó parcialmente? Desde luego se debe distinguir la cancelación forzada de la voluntaria. Cuando la cancelación está ordenada por los tribunales en virtud del art. 95 (Código Civil, art. 2160) la hipoteca está extinguida ó nunca ha existido, porque sólo es en este caso en el que los tribunales pueden ordenar la cancelación total. En cuanto á la reducción forzada de la inscripción sólo há lugar para la hipoteca legal de los menores y de las mujeres casadas (arts. 60 y 72); y esta hipoteca subsiste siempre apesar de la reducción ó de la cancelación de la inscripción, puesto que está fundada en la ley y que no se permite á los incapaces renunciar, ni tampoco á los que representan á los incapaces.

En cuanto á la cancelación voluntaria la cuestión de saber si extingue la hipoteca depende de la voluntad de las partes interesadas. Si el acreedor expresa la voluntad de renunciar á la hipoteca no habrá extinción de la hipoteca; este es el derecho común (art. 108; Código Civil, artículo 2180) acerca del cual volveremos. De ordinario el acta de desembargo no se explica por el efecto de la renuncia; en-

1 Douai, 8 de Junio de 1841 [Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 2702].