

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 (Dalloz, en la palabra Contrato de matrimonio, núm. 4033).

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

3 Metz, 13 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 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 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 2702].

tonces es preciso ver cuál ha sido la intención del acreedor. La renuncia puede ser tácita, pero siendo toda renuncia de estricta interpretación se necesita que todos los hechos de donde se induce la renuncia de la hipoteca hagan conocer la voluntad del acreedor con certeza; es decir, que no se les pueda dar otra interpretación; desde que hay duda no hay renuncia.

Tenemos un ejemplo de un desembargo que contenía renuncia de la hipoteca en una sentencia de la Corte de Bruselas: el acreedor declaraba en el acta de desembargo que entendía conservar en toda su integridad sus *derechos* y su *inscripción* en los demás bienes comprendidos en el acta de constitución de hipoteca; esto era reconocer implícitamente que la cancelación que concedía debía, en cuanto á los inmuebles á los que se aplicaba el desembargo, extinguir el derecho hipotecario al mismo tiempo que nulificar la inscripción. El contrato de hipoteca confirmaba esta interpretación; afectaba la seguridad del crédito de los bienes situados en la jurisdicción de Dinant y de Mons, pero estipulando que el acreedor no podía tener hipoteca á la vez en los dos departamentos; y posteriormente á la cancelación consentida por él el acreedor había hecho inscripción en los bienes situados en el Departamento de Dinant; esto era decir bastante claro que por el acta de desembargo había renunciado á la hipoteca de los bienes situados en el Departamento de Mons. En fin, dice la Corte, el objeto que las partes tuvieron presente exigía la renuncia á la hipoteca, porque los deudores querían vender los bienes libres; este fin no se habría alcanzado si el acreedor se hubiera reservado su derecho de hipoteca, puesto que habría podido hacer nuevas inscripciones; por consiguiente, los bienes habrían siempre estado gravados con cargos hipotecarios cuando los compradores los querían libres. (1)

1 Bruselas, 16 de Diciembre de 1857 (Pasicrisia, 1858, 2, 81).

223. La Corte de Casación juzgó en principio que el consentimiento del acreedor á la cancelación de inscripción no tiene más efecto que hacer nula esta inscripción sin nulificar el derecho de hipoteca; subsistiendo el derecho, dice la Corte, el acreedor puede volver á oponerlo en acción por una nueva inscripción, la que producirá efecto á partir de su fecha. (1) Esto no es dudoso; cuando la inscripción está borrada la hipoteca subsiste, pero pierde su eficacia con respecto á los terceros, no teniendo el acreedor ni derecho de preferencia ni de prosecución. Pero puesto que la hipoteca no estaba extinguida el acreedor puede tomar nueva inscripción, que volverá más tarde su eficacia á la hipoteca.

En la aplicación del principio hay que hacer una distinción. Cuando el acreedor consiente el desembargo en provecho de otro acreedor hipotecario el efecto de la cancelación se limita á cederle su rango, el acreedor conserva todos sus derechos; puede, pues, hacer una nueva inscripción que le dará lugar desde su fecha. (2) Pero si el acreedor renuncia á su inscripción en provecho de un adquirente del inmueble hipotecado el inmueble que tuvieron presente las partes, como lo dice la Corte de Bruselas en la sentencia que acabamos de citar (nota 1), impide al acreedor hacer una inscripción nueva en perjuicio de ese adquirente. Esto no quiere decir que el acreedor esté completamente decaído de su derecho de hipoteca porque no ha renunciado; puede, pues, reservarse el beneficio de su inscripción con respecto á los demás acreedores hipotecarios; lo que lleva á la consecuencia de que el acreedor pierde su derecho de prosecución contra el adquirente en provecho del que ha consentido el desembargo de su inscripción, pero no pierde su de-

1 Denegada, 2 de Marzo de 1830 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 2666).

2 Martou, t. III, p. 275, núm. 1216.

recho de preferencia. Si, pues, el inmueble se le había expropiado por la prosecución de otro acreedor podría presentarse á la orden; el debate se entabla en este caso entre los acreedores; el adquirente es extraño en ella; por consiguiente, la renuncia que el acreedor consintió en favor del adquirente no puede ser invocada por los demás acreedores.

224. La dificultad que hemos señalado se presentó en el caso siguiente. Un tercer adquirente paga su precio al primer acreedor inscripto en los inmuebles que le vendieron. El acreedor le cancela su inscripción y se compromete á garantizarlo por toda promoción que pudiera ejercerse contra él por otros acreedores. La inscripción no fué rayada. Más tarde los acreedores inscriptos persiguieron al adquirente por pago ó abandono. Se abrió una orden; los acreedores persecutores pretendieron apartar al primer acreedor inscripto, mejor dicho, al adquirente, invocando el levantamiento de la inscripción. El debate recaía, pues, en el efecto que debía de producir el levantamiento. En primera instancia y en apelación fué sentenciado que el levantamiento de la inscripción no permitía ya al acreedor inscripto hacer valer su derecho hipotecario. En el recurso recayó una sentencia de casación. La Corte comienza por decir que el adquirente, al pagar al primer acreedor inscripto, había sido subrogado de plano á su hipoteca; es verdad que el acreedor había dado levantamiento de la inscripción, pero no era seguramente con el objeto de renunciar á su hipoteca; esto no hubiera tenido sentido, puesto que el pago que recibía tenía por objeto mantener la hipoteca, á la que el tercer adquirente estaba subrogado (art. 1251, número 3). ¿Qué objeto tenía el levantamiento? No podía tener otro, dice la Corte, que el de libertar al adquirente de todo derecho de prosecución en los bienes adquiridos; sólo, pues, él aprovechaba. Por esto no pidió la cancela-

ción de la inscripción; tenía interés en conservarla con el fin de oponer á otros acreedores inscriptos la hipoteca que estaba subrogada. Esto es decir que aquellos acreedores no podían prevalecerse de un levantamiento consentido por una convención en la que no eran partes y que, por consiguiente, no les podía aprovechar ni perjudicar. Había además otra dificultad: es que el adquirente sólo pedía la ejecución de la garantía que el acreedor desinteresado le había ofrecido, no invocaba la subrogación de la inscripción que le había conservado. La Corte de Casación contesta que el acreedor, por lo mismo que era garante, tenía derecho de invocar la subrogación de la inscripción, puesto que era el medio legal de poner al adquirente al abrigo de la promoción intentada contra él por los demás acreedores. (1)

225. ¿Cuándo el levantamiento de la inscripción produce su efecto? La mayor parte de los autores enseñan que la cancelación produce su efecto desde el momento en que fué consentida, aun antes de que el conservador haya cancelado la inscripción. Se fundan en que el levantamiento es un acta unilateral que no exige el concurso de voluntades de las partes interesadas. (2) El principio es verdadero (núm. 153); pero ¿no se saca de él una consecuencia falsa? Decir que la renuncia es una acta unilateral es decir que el deudor no necesita aceptarla, pero también es decir que el acreedor puede cambiar de voluntad mientras no hay hecho consumado; es decir, mientras que ningún derecho ha sido adquirido por un tercero; y los terceros no pueden prevalecerse del levantamiento mientras que la inscripción no ha sido cancelada, pues la inscripción en los registros conser-

1 Casación, 20 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 254). Aubry y Rau, t. III, p. 396, pfo. 281.

2 Troplong, t. III; núm. 738; Pont, t. II, p. 163, núm. 1105; Martou, t. III, p. 275, núm. 1215. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, p. 395, nota 37, pfo. 281.

va su efecto mientras subsiste. Esto está fundado también en la razón. Si el acreedor consiente la cancelación por acta auténtica esta acta es un consentimiento que cancela la inscripción, no es una cancelación. El acreedor puede nulificar el acta en que consta su consentimiento; en este caso la cancelación se hace imposible, prueba que el levantamiento no equivale á la cancelación. Si el levantamiento fuera dado en una convención intervenida entre el acreedor y el deudor podría ser revocado, por un consentimiento contrario, mientras el conservador no hubiere cancelado la inscripción. Por identidad de motivos el acreedor que consiente la cancelación puede revocar su consentimiento mientras la cancelación no está hecha.

La jurisprudencia no está muy fija. Una sentencia de la Corte de Bruselas decide que el acta de levantamiento sólo tiene efecto, para con los terceros, á partir de la época en que la copia auténtica está depositada en la oficina del conservador. (1) Nos parece que una acta que interesa los terceros sólo tiene efecto cuando éstos pueden conocerla; esto es verdad sobre todo para las inscripciones hipotecarias, que no tienen más objeto que el interés de los terceros; deben, pues, subsistir mientras que no están canceladas, y, por consiguiente, la cancelación no puede tener efecto mientras no se operó en los registros. La jurisprudencia francesa parece admitir que la cancelación tiene efecto desde que fué consentida; volveremos al punto al tratar de la revocación del levantamiento.

§ II.—REVOCACION DEL LEVANTAMIENTO.

226. ¿El acreedor que consintió la cancelación puede revocarla? En la opinión que acabamos de enunciar (número 225) la afirmativa no es dudosa: el levantamiento es la

1 Bruselas, 11 de Junio de 1817 [Pasierisia, 1817, p. 427].

manifestación de un consentimiento unilateral, un consentimiento contrario puede revocarlo. Ni siquiera es necesaria alguna formalidad; la ley no prevee el caso de renovación, se permanece bajo el imperio de los principios generales. La revocación puede ser expresa ó tácita. Para la revocación expresa no es necesario una acta notariada nueva, una notificación hecha al conservador basta. Si el acta de levantamiento hubiere sido entregado en nota la destrucción del acta operaría revocación. Aun hay más: basta que el acta no esté presentada al conservador para que no pueda producir efecto, puesto que no lo puede producir más que por la cancelación operada en los registros. En la opinión contraria se enseña que, salvo el caso de dolo ó de fraude, el levantamiento no puede ser retractado. (1) Sin duda el dolo vicia toda expresión de voluntad, pero el dolo de que habla el Código es un vicio que mancha los contratos y los hace nulos. En el caso no hay contrato, se supone; el levantamiento es una acta de una sola voluntad; debe, pues, aplicarse el principio de que el consentimiento se disuelve como ha sido dado.

227. El interés práctico de la cuestión es el siguiente: Unos acreedores se inscriben antes que el acta de levantamiento haya sido revocado. ¿Prevalecerán al acreedor que revocó su consentimiento? En nuestra opinión la cuestión tiene que presentarse en otra forma. Si la inscripción fué borrada en virtud del levantamiento en este caso se entiende que los acreedores inscriptos prevalecerán al acreedor, quien después de haber requerido la cancelación requiere nueva inscripción (núm. 223). Si la cancelación no fué operada el acreedor que dió el levantamiento puede siempre revocarlo; los acreedores que hubieren tomado inscripción después del acta de levantamiento, pero antes que la cancelación

1 Pont, t. II, p. 463, núm. 1105.

lación se haya consumado, no tienen el derecho de prevalecerse de un levantamiento que depende de la voluntad del acreedor; la inscripción de éste subsiste y, por consiguiente, prevalece á los acreedores inscriptos posteriormente.

En la opinión que considera el levantamiento como cumplido desde el momento en que el acta fué recibida se distingue. Si unos acreedores han tomado inscripción después del levantamiento y antes que la revocación haya sido notificada al conservador prevalecerán al acreedor que dió levantamiento. En cuanto á los acreedores inscriptos después de la revocación les prevalecerá el acreedor que revoca el levantamiento. (1) ¿En qué se funda esta distinción? Todo es arbitrario en ella. Desde luego se da efecto á la revocación, aunque se supone el principio de que el levantamiento esencialmente unilateral no puede ser revocado. Después no se da efecto á la revocación sino á partir de la notificación hecha al conservador. ¿En virtud de qué texto ó de qué principio se subordina á una notificación el efecto de la revocación? Si el levantamiento está consentido todo acreedor inscripto posteriormente debiera tener el derecho de prevalecerse de él y la revocación no podría ser considerada más que como una nueva inscripción válida solamente á partir de su fecha. Subordinar á una notificación el objeto del levantamiento es hacer la ley creando una condición que está ignorada. En apoyo de la distinción se invoca el principio de los derechos adquiridos. ¿Pero cuándo puede decirse que los terceros acreedores tienen un derecho adquirido al lugar de su inscripción y cuándo están en conflicto con una inscripción tomada anteriormente y cuyo levantamiento ha sido dado sin ser seguido de la cancelación respectiva? Es la inscripción hecha de los registros la que da el lugar al acreedor al mismo tiempo que da efecto á la hi-

1 Martou, t. III, p. 276, núm. 1217; Pont, t. II, p. 464, núm. 1106. Compárese Aubry y Rau, t. III, ps. 395 y siguientes, notas 38 y 39, pfo. 281.

poteca. Se supone que el acreedor que dió levantamiento de inscripción no la hizo cancelar y que revocó su quebrantamiento. ¿Cuáles son en este caso los derechos adquiridos por los diversos acreedores? El acreedor que dió el levantamiento no habiendo cancelado la inscripción la conserva con el lugar que le está ligado. Los acreedores inscriptos después del levantamiento, pero sin que la inscripción haya sido cancelada, son prevalecidos por esta inscripción; no pueden invocar el levantamiento, puesto que no tuvo consecuencia, y como permanecen extraños al acta hay que decir que esta acta no les aprovecha, así como no les perjudica.

228. La jurisprudencia consagra la distinción que acabamos de combatir; es menos precisa que la doctrina de los autores y tan contradictoria como ella. Una sentencia de Casación de 4 de Enero de 1831 comienza por sentar en principio que el levantamiento de una inscripción dada por un acreedor á su deudor es por su naturaleza una acta unilateral que no necesita para ser perfecta del consentimiento de la aceptación de este último. Esto es verdad, pero esto no decide la cuestión de saber si el levantamiento produce efecto para con los terceros desde el momento en que fué consentida ó á partir de la cancelación. La Corte admite que el levantamiento produce efecto desde que el acta está perfecta. De esto concluye que el levantamiento aprovecha no sólo al deudor sino también á sus acreedores posteriormente inscriptos. En el caso la cancelación no había sido operada. Poco importa, dice la Corte, el descuido ó la colusión del deudor que no requiere la cancelación: no impide que sus acreedores tengan el derecho de prevalecerse del levantamiento. Esto es una afirmación, ¿pero quién la prueba? Ordinariamente el acta de levantamiento quedará en poder del acreedor que la consintió por su única voluntad; él es, pues, también quien ha de requerir la ejecución

del acta; si no lo hace ¿qué derecho podrá dar el levantamiento á unos terceros que se inscriban cuando una inscripción anterior exista en los registros del conservador? La Corte dice que los terceros pueden invocar los artículos 1166 y 1167. Desde luego hay que apartar el art. 1167, que supone una acta hecha por el deudor en fraude de sus acreedores; y no es el deudor quien en el caso requiere la cancelación, es el acreedor. En cuanto al art. 1166 supone que el deudor tiene un derecho y la cuestión es precisamente de saber si el levantamiento de la inscripción da un derecho al deudor antes que la inscripción esté cancelada. La Corte de Casación, admitiendo que el levantamiento da un derecho al deudor desde que esté perfeccionado, llega á esta conclusión: que todos sus acreedores pueden prevalecerse de ella como ejerciendo los derechos de su deudor. No distingue, como lo hacen los autores, entre los acreedores inscriptos antes ó después del levantamiento. En el caso había acreedores anteriores y acreedores posteriores. Hé aquí lo que dice la sentencia á este respecto: «*Los acreedores* estaban tanto más fundados (en prevalecerse del levantamiento) cuanto que *varios de ellos* habían tomado inscripciones que aseguraban su hipoteca posteriormente á la renuncia consentida anteriormente á la pretendida revocación. Así, según la Corte, la revocación sólo es una revocación *pretendida*; es decir, inoperante. Esta es la consecuencia lógica del principio en el que se funda la decisión; la Corte lo repite terminando: «En este estado de cosas la renuncia se había vuelto irrevocable por sólo el efecto de la voluntad del que la había consentido.» (1)

¡Cosa singular! Todos los autores invocan esta decisión: los que admiten que el levantamiento es independiente de la cancelación como los que enseñan que el levantamiento

1 Casación, 4 de Enero de 1831, después de larga deliberación en Sala de Consejo [Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1722, 1.º]

to sólo se hace irrevocable por la cancelación, los que admiten un poder absoluto de revocación como los que dicen que la revocación es un principio irrevocable. Esto prueba cuánto importa discutir las sentencias. Además es muy fácil precisar lo que la Corte de Casación pretendió decidir, pues después de haber hablado en términos generales la Corte acaba por decir: *En este estado de cosas*; lo que parece indicar una sentencia especial. El único principio que está claramente formulado es que el consentimiento del acreedor en la cancelación no tiene que ser aceptado, pues la sentencia atacada fué casada por haber decidido que habiendo sido revocado el levantamiento antes que el consentimiento en la cancelación hubiera sido aceptado esta revocación había destruido el efecto del levantamiento y devuelto toda su fuerza á la inscripción. Y esta doctrina condenada por la Corte de Casación está admitida en parte por los autores. La confusión es completa.

En la devolución pronunciada por la Corte de Casación la Corte de Agén, después de deliberación en Sala de Consejo, se adhirió á la opinión de la Suprema Corte. (1) La decisión es más clara y más franca; dice que el acta de levantamiento, siendo unilateral, *produce todos sus efectos desde su redacción*. Ningún texto impone la *obligación de cancelar* como complemento de la *autorización para cancelar*; desde luego se entra en regla común que no permite al que renunció un derecho ó una facultad revocar el abandono que hizo voluntariamente. Así la Corte niega el derecho de revocar el levantamiento y los autores citan, no obstante, las decisiones de las Cortes de Agén y de Casación en apoyo de una doctrina que admite la revocación y determina sus efectos distinguiendo las inscripciones tomadas antes de la re-

1 Agén, 19 de Mayo de 1836 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2722, 1.º) Compárese Casación, 29 de Enero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 172); Bruselas, 16 de Diciembre de 1857 (Pasicrisia, 1858, 2, 81).