

tamentaria sólo exige la voluntad del testador, pues el legatario tiene que aceptar el legado. Además, no se puede comparar una hipoteca que no exige la intervención de las partes interesadas con una hipoteca que sólo existe porque una de las partes la estipula y la otra la consiente. Después de esto el mismo autor relata la opinión de Dalloz y de Martou que se conforman con una aceptación tácita y dice que el es de la opinión de éstos. No sabemos cómo conciliar estas diversas opiniones; si es necesario una aceptación tácita no es exacto decir que la hipoteca resulta de la sola voluntad del deudor, pues una aceptación tácita es también una manifestación de consentimiento, y si el acreedor consiente hay concurso de voluntades, luego contrato, y no acta unilateral.

Martou comienza por decir que «la concesión de una hipoteca es por parte del deudor una *obligación unilateral* cuya validez no está subordinada á la presencia del acreedor en el acta ni á una *aceptación* ulterior de parte de éste.» Confesamos no comprender lo que es una *obligación unilateral*; toda obligación es esencialmente un lazo de derecho entre el deudor obligado y el acreedor en favor del que existe la obligación: ¿cómo, pues, pudiera haber una obligación por parte del deudor solo? Martou agrega que el acreedor manifiesta suficientemente su aceptación por la inscripción de la hipoteca. (1) ¿Qué quiere decir esto? ¿Es la aceptación necesaria para que exista la hipoteca ó no? Si es necesaria la hipoteca es un contrato que exige el concurso de voluntades; sin embargo, Martou combate la idea de que para la constitución de hipoteca el concurso de ambas voluntades sea indispensable. Si no es necesaria la hipoteca se perfecciona sin concurso de voluntades, sin convención; este es el *monstruo* que el Presidente Favre señaló como un error de los prácticos.

1 Martou, Comentario t. III, p. 87, núm. 982 ter.

426. Hay sentencias que consagran esta monstruosidad. La Corte de Lyon ha pronunciado una decisión que quisiéramos borrar de la jurisprudencia, pues la desacredita. Comienza por decir que, según la ley, una *aceptación terminante* no es indispensable para la validez de la hipoteca. De este hecho la Corte pone un nuevo principio; á saber: que en un *contrato unilateral* una aceptación de aquel para con quien se obliga uno no es útil, puesto que éste á nada se obliga. ¿Qué hubiera dicho el Presidente Favre si hubiera encontrado semejante desatino en una sentencia de un parlamento? ¿Cómo hay contratos sin concurso de consentimientos cuando el contrato, cualquiera que sea él, no es sino el concurso de voluntades? La sentencia contiene después una proposición ininteligible? «En materia de hipotecas la posición de los contratantes no cambia.» Luego la Corte agrega: «Al contrario no podría ser así en el caso en que el contrato sería sinalamágico, porque en esta segunda naturaleza de contratos el concurso de dos voluntades es necesario para formarlo y hacerlo perfecto.» Esta última proposición es la única que entendemos; completa el error en el que da la Corte acerca de un punto puro y simplemente elemental: la definición del contrato; la Corte tomó sin duda á la letra lo que dice el art. 1108, según el cual se podría creer que el consentimiento no está requerido más que por parte de aquel que se obliga; ¿pero quién ignora que esta disposición está mal redactada? En fin, la Corte dice que «las condiciones requeridas para la validez de un gravamen hipotecario convencional están determinadas por el art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) y que entre estas condiciones no se encuentra la de la aceptación.» (1) Basta leer el art. 2129 para convencerse de que la Corte se equivoca; este artículo no determina las condiciones requeridas para la validez de la hi-

1 Lyon, 9 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1260, 1.º)

poteca convencional, sólo es relativo á una de estas condiciones: la especificación de los bienes; hay otro artículo relativo á la especificación del crédito (art. 2132; Ley Hipotecaria, art. 88); hay una tercera regla para la forma de la hipoteca convencional (art. 2127; Ley Hipotecaria, art. 76); hay un cuarto artículo que la Corte olvida enteramente: es el que define la hipoteca convencional (art. 2117; Ley Hipotecaria, art. 44).

La Corte de Casación ha pronunciado en esta materia una sentencia que se ha interpretado mal; ¿será que la sentencia está mal redactada? El recurso sostenía, como acabamos de hacerlo, que en todo contrato, aun unilateral, dos voluntades son necesarias para constituir la obligación: la del deudor y la del acreedor. ¿Qué contesta la Corte? «El reconocimiento puro y simple de una deuda con *gravamen hipotecario* puede constituir un *compromiso unilateral* y estar regularmente hecho por *sólo el deudor*.» Esta proposición aislada es el resumen de todos los errores que acabamos de reprochar á la Corte de Lyon. No es verdad que un *compromiso unilateral*, es decir, una convención unilateral, pueda resultar de la sola voluntad del deudor. No es verdad que el *gravamen hipotecario*, es decir, la hipoteca convencional, pueda nunca ser válida por sólo la voluntad del que la consiente. En realidad, como lo observa el sentencista, esto no es lo que la Corte quiso decir. El debate no versaba sobre la aceptación, versaba en el punto de saber si era preciso una aceptación auténtica; volveremos á esta cuestión que es la única que haya decidido la Corte. (1) Lo mismo pasa con una sentencia de la Corte de Chambéry, también muy mal redactada. La Corte comienza por decir que «la estipulación de una hipoteca es una *acta unilateral* por la que la intervención del que concede es únicamente necesaria. Este es

1 Denegada, 5 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1260).

el error; síguese después la explicación de que la aceptación puede resultar aun tácitamente de actas posteriores. (1) Desde que es necesario una aceptación del acreedor es inexacto decir que la intervención del deudor basta; examinaremos más adelante si es verdad que basta la aceptación tácita.

427. No conocemos en la jurisprudencia francesa más que una sola sentencia que haya establecido claramente el verdadero principio, el cual es de tanta evidencia que sorprende que haya sido desconocido. «No puede existir contrato sin convención, dice la Corte de Tolosa, y no puede haber convención sin concurso de consentimientos de las partes interesadas.» Y en el acta litigiosa el deudor declaraba que confería hipoteca al acreedor sin que éste hubiese aceptado dicha acta; nadie respondía por su aceptación; el notario había aceptado por el acreedor y esta aceptación, como lo diremos más adelante, es inoperante. (2)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica tiene también sus dudas y sus contradicciones, que vamos á señalar; importa hacerlo porque la autoridad de las sentencias es mucho más grande que la de los autores. Se discute la doctrina y se somete uno á la jurisprudencia; esta es una autoridad usurpada que la ignorancia estableció y que la ignorancia perpetúa, pues es mucho más cómodo citar sentencias que dar razones; sin embargo, las sentencias no tienen más autoridad que la de la razón; lo que valen los motivos es lo que vale la sentencia. Puesto que se invocan las sentencias como si fueran leyes conviene completar esta autoridad, que amenaza tomar el lugar de la ley. Es este trabajo largo y penoso el que aumenta tan exageradamente el número de volúmenes que pensábamos consagrar á los *Principios de*

1 Chambéry, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

2 Tolosa, 31 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1261).

Derecho Civil. No obstante, no lo sentimos, pues el estudio de la jurisprudencia se ha hecho necesario tanto como el de las leyes.

Nuestra Corte de Casación ha consagrado los verdaderos principios en excelentes términos: «En todo contrato de hipoteca, dice la sentencia, la liga de derecho no puede formarse más que por el concurso de dos voluntades, la del que grava el inmueble para el pago de una obligación y la del que acepta este gravamen y adquiere el derecho hipotecario; de donde se sigue que el contrato permanece imperfecto hasta que la voluntad del acreedor no está manifiesta.» (1)

La jurisprudencia de nuestras cortes de apelación está lejos de tener esta precisión: volveremos á ello al examinar las dificultades que se han presentado en la aplicación de la ley. Ante todo hay que establecer el segundo elemento de nuestro principio. Que la hipoteca convencional exista en virtud de una convención solamente parece difícil negarlo. Hemos agregado que esta convención es un contrato solemne. Este segundo punto no tiene la misma evidencia; vamos á tratar de establecerlo.

428. La distinción de los contratos solemnes y no solemnes, aunque no está formulada por la ley, está admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, las dificultades y las controversias no faltan cuando se trata de deducir las consecuencias del principio. La donación es un contrato solemne, lo que equivale á decir que la forma auténtica se requiere para la existencia misma del contrato; la donación nula en la forma no tiene existencia legal, es la nada. ¿Sucede lo mismo con el contrato de matrimonio? Aquí empieza la incertidumbre; en nuestra opinión las convenciones matrimoniales forman también un contrato solemne; nos trasladamos á lo dicho en el título sitio de la

1 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasieris, 1863, 1, 212).

materia (t. XXI, núm. 44). En cuanto á la hipoteca convencional cesa la concordancia, los autores no discuten la cuestión, pero como no admiten las consecuencias que se desprenden de la solemnidad se puede decir que desechan el principio; la jurisprudencia está dividida á tal punto que deja incierta la cuestión de saber si la hipoteca convencional procede de un contrato.

Creemos que la hipoteca convencional es un contrato solemne por la razón por la que se atribuye este carácter á la donación y al contrato de matrimonio. Los textos están concebidos poco más ó menos en los mismos términos: en todo caso con el mismo espíritu. Según el art. 931 «todas las actas que contengan donación entre vivos serán pasadas ante notario.» El art. 1394 dice que las convenciones matrimoniales se harán ante notario. En cuanto á las hipotecas la ley contiene dos disposiciones: desde luego el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) define la hipoteca convencional: es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de las actas y de los contratos. Este texto nos parece decisivo. La ley no se conforma con decir que la hipoteca depende de las convenciones, lo que quiere decir que sin convención no hay hipoteca; agrega que la hipoteca convencional depende aun de la forma exterior de los actos y de los contratos; lo que debe tener la misma significación; es decir, que sin sus formas exteriores no hay hipoteca; de aquí la consecuencia de que las formas son de la substancia del contrato. Después de esto el art. 76 (Código Civil, art. 2127) dispone que la hipoteca convencional no puede ser consentida más que por *acta auténtica*. Por esto el consentimiento se debe manifestar en la forma auténtica; y tal es precisamente el carácter de los contratos solemnes: que el consentimiento no existe más que cuando se ha dado bajo ciertas formas; si éstas no se han observado no hay consentimiento y sin él no hay contrato.

El espíritu de la ley conduce á igual consecuencia. ¿En qué sentido la ley exige una acta auténtica para la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca? Es para la prueba de esos contratos? Nó, en este punto todo el mundo está de acuerdo; aunque fuera seguro que hubo donación, contrato de matrimonio é hipoteca, esos contratos serían, sin embargo, inexistentes si no estuvieran comprobados por acta auténtica. El acta notariada no está requerida para la prueba; está, pues, prescripta para la existencia del contrato; es decir, que el contrato es solemne.

429. Lo que podría hacer titubear es que no se está de acuerdo en los motivos por los que la ley exige la autenticidad del contrato de hipoteca. «Para nuestro uso, dice Domat, las convenciones no dan hipoteca, aunque estuviera expresado, si no pasan ante notario. Porque sin esta forma sería fácil á los deudores que quisieran defraudar á sus acreedores dar á los fondos de antiguas hipotecas por antidatas.» (1) Este motivo era insuficiente en el antiguo derecho, porque para impedir la antidata habría bastado con exigir el registro. En nuestro derecho moderno la explicación de Domat es aún menos admisible porque supone hipotecas ocultas cuyos lugares dependen de la fecha del contrato, y nuestras hipotecas son públicas, su lugar depende de la inscripción, no puede tratarse de antidata.

Se da otra explicación que llega más al fondo de las cosas. ¿Por qué no se admite en materia de hipotecas convencionales que las actas tengan fecha cierta como se admite en materia de empeño? La creación de control ó del registro es posterior al establecimiento de las hipotecas convencionales. Estas se constituyen desde luego en las formas judiciales de igual modo que la propiedad se transmitía por obra de la ley. La constitución de una hipoteca era, pues, una especie de sentencia; en este orden de ideas es

1 Domat, Leyes civiles, lib. III, tit. I sec. II, art. 33.

evidente que ninguna prueba podía reemplazar la intervención del juez; la obra de la ley no era una cuestión de prueba, eran formas solemnes prescriptas en interés de los terceros, luego en interés público; y dichas formas siempre son de la substancia del acta. Cayeron en desuso las obras de ley en la mayor parte de Francia, reemplazándolas la intervención de los notarios; éstos estaban considerados como oficiales de justicia. Sus actas reemplazaban á las sentencias del juez; mejor dicho, á las obras de la ley que se pasaban ante el juez. De aquí la consecuencia que el acta auténtica era de la substancia del acta. (1) Esta explicación histórica puede admitirse aun hoy como una justificación del principio consagrado por el Código y por nuestra Ley Hipotecaria. Las hipotecas tienden al orden público, puesto que el objeto del régimen hipotecario es el de garantizar el interés de los terceros, el que se confunde con el interés general, y procurar al propietario el crédito que su fortuna inmobiliar debe asegurarle. El art. 42 (Código Civil, artículo 2115) consagra una consecuencia de este principio y á la vez decide nuestra cuestión. «La hipoteca sólo tiene lugar en las cosas y formas autorizadas por la ley.» Así las formas son de la substancia de la hipoteca convencional; no hay hipoteca convencional sin las solemnidades prescriptas por la ley, lo mismo que no hay contrato de matrimonio ni donación sin formas legales.

Hay además otras razones que justifican la intervención del notario en la redacción de los contratos de hipoteca. La hipoteca convencional y las convenciones matrimoniales son las más importantes y á la vez las más difíciles de las actas. ¿Cuántas de las partes contratantes saben lo que es la especialidad de la hipoteca? Sin embargo, si la hipoteca no se ha especificado por el contrato es nula. ¿Cuántas

1 Compárese Merlin, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. 5, número 2 [t. XIII, p. 419].

hipotecas estarían anuladas si la ley hubiese admitido actas privadas para establecerlas! La fortuna de los ciudadanos depende de las convenciones hipotecarias; era, pues, necesario hacer que intervinieran los abogados en la redacción de las actas que establecen la hipoteca á fin de ilustrar á las partes contratantes y para asegurar la validez de sus convenciones.

430. Creemos inútil relatar los motivos diversos que dan los autores para explicar el principio de autenticidad; (1) se debería discutirlos y rectificarlos, lo cual conduciría á lo que acabamos de decir. Basta con hacer conocer las razones que comprometieron á los autores de la ley belga á consagrar el principio de la solemnidad de la hipoteca. Se lee en el informe de la comisión especial: «Las colocaciones é hipotecas deben dar seguridad completa y en ningún caso su suerte debe depender de la simple denegación de una firma. Este fin sólo se conseguiría á medias si se pudiera consentir la hipoteca por actas privadas.» El interés público y las necesidades del crédito exigen la autenticidad para la constitución de una hipoteca convencional como para la transmisión de la propiedad inmobiliar. Sólo que la diferencia es muy grande en cuanto á las consecuencias. La hipoteca no tiene efecto más que con relación á los terceros; declarar que debe estar comprobada por acta auténtica en interés de los terceros que tratan con el propietario es decir que su existencia depende de la autenticidad, mientras que la venta existe entre las partes independientemente de todo escrito; hé aquí por qué la venta no es un contrato solemnne apesar de la necesidad de una acta auténtica para operar la transcripción, mientras que la hipoteca es un contrato solemnne porque la solemnidad interesa á todos los

1 Martou, t. III, p. 85, núm. 981. Pont, t. II, p. 90, núm. 655. Mourlón Repeticiones, t. III, p. 606, núm. 148.

que la estipulan, la prometen ó están interesados en conocerla. (1)

El informe de M. Lelièvre resume lo que acabamos de decir y apoya nuestra doctrina: «La nueva ley no podía titubear en exigir una acta *pública y solemnne*. La existencia de la hipoteca debe ser cierta. No se debe dejar á la ventura de una confronta de escrituras. Por otra parte, el crédito inmobiliario no permite establecer un orden de cosas cuyo resultado inevitable sería poner en la incertidumbre la situación hipotecaria.» (2)

Los informes de las dos comisiones se refieren especialmente á la disposición que exige la autenticidad para los poderes dados á efecto de constituir hipoteca. Es una nueva confirmación de la opinión que acabamos de defender. En regla general el poder puede darse por acta privada y hasta por carta (art. 1985). Es sólo por excepción y en las actas solemnnes como la ley exige que el poder sea auténtico: tal es la dación (art. 932). El art. 76 pone bajo este punto de vista la hipoteca convencional en la misma línea que la dación; decide implícitamente que la hipoteca es un contrato solemnne.

§ II.—SOLEMNIDAD.

431. El art. 76 dice que la hipoteca convencional sólo se puede consentir por *acta auténtica*. Esta es la reproducción del art. 2127 del Código Civil. Hay, sin embargo, una diferencia entre las dos disposiciones: el art. 2127 agrega que el acta se debe pasar en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos; es decir, que el acta auténtica debe ser una acta notariada; ¿Por qué esta última parte del art. 2127, que se halla en el proyecto, ha sido quitada? No

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).

2 Lelièvre, informe (Parent, p. 142).