

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 solemne apesar de la necesidad de una acta auténtica para operar la transcripción, mientras que la hipoteca es un contrato solemne 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 solemne*. 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 solemnes 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 solemne.

## § 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).

es para cambiar el principio del Código Napoleón el admitir otras actas auténticas que no sean las notariadas, es para poner al art. 76 en armonía con el art. 2 de la Ley Hipotecaria. No sólo se admite á la transcripción las actas auténticas, es decir, notariadas, sino también á las actas reconocidas judicialmente ó ante un notario; debería ser lo mismo con las actas que contuvieran estipulación de hipoteca. Es, pues, un simple cambio de redacción. (1) El principio fué mantenido: una acta notariada es necesaria para la validez de la hipoteca convencional; en nuestra opinión se debía decir: el acta notariada está requerida para la existencia de la hipoteca (núms. 428-430). Pero se debe agregar que la ley asimila á las actas notariadas las privadas reconocidas judicialmente ó ante un notario. Nos trasladamos en cuanto á la explicación del art. 76 ó lo dicho en el art. 2.

432. ¿Debe recibirse en minuta el acta notariada ó se puede recibir en nota? Conforme al Código Civil la cuestión está controvertida y la solución es dudosa; creemos que el motivo para dudar ha desaparecido bajo la nueva ley y que se debe decidir que el acta de hipoteca debe recibirse en minuta. La ley de Ventoso sobre el notariado sienta como regla que todas las actas notariadas deben pasarse en minuta, bajo pena de nulidad; el art. 20 agrega esta excepción: «No están, sin embargo, comprendidas en esta disposición los seguros de vida, poderes y otros *actos simples* que con arreglo á *las leyes pueden* ser entregados en nota. Ciertamente que, en principio, la hipoteca no es una de esas actas simples que son excepción de la regla, son actas solemnes y unas de las más importantes de la vida civil. Queda por saber si hay una ley que permite recibirla en nota. El Código Civil contenía una disposición de donde se concluyó que el acta de hipoteca se podía entregar en di-

1 Martou, Comentario, t. III, p. 86, núm. 981.

cha forma; en los términos del art. 2148 el acreedor que requiere la inscripción debe presentar al conservador el *original* en nota ó una copia auténtica de la sentencia ó del acta que da nacimiento al privilegio y á la hipoteca. Las palabras *original en nota* no pueden referirse más que á las actas notariadas, porque las sentencias se reciben siempre en minuta. De aquí la consecuencia forzada de que las actas de hipoteca se puedan recibir en nota. (1) Resultaba una extraña anomalía: la de que una de las actas más importantes estaba asimilada á una acta simple, mientras que las demás actas solemnes se debían recibir en minuta; la ley lo exige terminantemente para la dación (art. 931) y la doctrina la exigía para el contrato de matrimonio. Esta anomalía desaparecía en nuestra Ley Hipotecaria; no reproducía las palabras *original en nota*, y no hay ley que permita recibir el acta de hipoteca en nota, lo que es decisivo.

433. Merlin y Grenier levantaron otra dificultad: enseñan que el acta notariada no produce hipoteca sino desde el día del registro. Esta opinión no encontró eco (2) y se sorprende uno de que Merlin la haya sostenido. La fundaba en la ley de 5 de Diciembre de 1790 relativa á la organización del registro, en la que el art. 9 está concebido así: «Por falta de registro en los plazos fijados una acta pasada ante notario no podrá valer más que como acta privada. Habiendo recibido el acta la formalidad omitida adquirirá la fijación de la fecha y la hipoteca á contar del día del registro.» Pero esta disposición ha sido abrogada por la ley de 22 Frimario, año VII, que dice (art. 73): «Todas las leyes promulgadas acerca de los derechos de registro y todas las disposiciones de otras leyes relativas quedan

1 Aubry y Rau, t. III, p. 273, nota 46, pfo. 246, y en sentido diverso las autoridades que citan. Debe agregarse Alger, 7 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 2).

2 Véase Troplong, t. II, núm. 507, que discute muy bien la cuestión.

abrogadas." Merlín hace una objeción poco digna de él: el art. 73, dice, no abrogó más que las leyes relativas á los *derechos de registro*, es decir, á las disposiciones fiscales, no abrogó las disposiciones relativas á la formalidad y sus efectos jurídicos. La Corte de Grenoble no hace mal en decir que esta objeción es una sutileza desprovista de todo fundamento racional. Si una fórmula de abrogación es absoluta es, seguramente, la de la ley de Primario; fuera de desear que todas las leyes estuvieran redactadas con el mismo cuidado, lo que permitiría abrogar toda la legislación anterior, como lo hizo el legislador del año VII. Creemos que es inútil insistir.

434. Muchas veces se llevó ante las cortes de Bélgica una cuestión que tampoco merecía los honores de una controversia. Hay aún muchas rentas viejas en nuestras provincias, lo que necesita nuevos títulos; si dichos títulos son actas notariadas y si contienen las designaciones requeridas por la ley pueden seguramente servir de base á la inscripción hipotecaria; se entiende que si el acreedor no tomó inscripción en virtud del título primitivo sólo tendrá lugar á partir de la inscripción del nuevo título. La jurisprudencia está unánime en este sentido. (1)

435. Las rentas antiguas también han dado lugar á otra dificultad. Una ley de 28 Floreal, año III, permite al Estado suplir por la declaración de los deudos los títulos originales de créditos procedentes de establecimientos eclesiásticos. Estos establecimientos conservan en general sus títulos con gran cuidado, pero cuando fueron suprimidos los sustrajeron al Estado por uno de estos piadosos fraudes que dan el Cielo violando la ley. Cuando los deudos tienen más conciencia que sus acreedores y que confiesan sus deudas

1 Lieja, 21 de Julio de 1818 (Pasicrisia, 1818, p. 159). Bruselas, 28 de Enero de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 275). Lieja, 21 de Julio de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 441; esta es la reproducción de la sentencia de 21 de Julio de 1818). Lieja, 22 de Junio de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 209).

todo está bien, pero se pregunta si el Estado ó los cesionarios pueden tomar inscripción de las hipotecas que están ligadas á ellos. La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación de Bélgica y decidió afirmativamente. Al permitir al Estado suplir el título original con la declaración del deudor la ley de Floreal autoriza por esto mismo al acreedor á valerse del reconocimiento para todos los fines, como hubiera hecho con el título primordial; por consiguiente, también para la conservación de las seguridades hipotecarias. (1)

436. La legislación anterior al Código Civil permitía constituir hipoteca para actas administrativas. ¿Estas leyes fueron abrogadas por el artículo 2127 del Código Napoleón? Si se atuviera uno al principio de que las leyes generales no derogan las especiales habría que decidir que estas leyes administrativas están siempre en vigor. En nuestro concepto se abusa de este principio, ninguna ley lo consagra; no debe, pues, admitirse más que si la intención del legislador ha sido mantener las leyes especiales anteriores, pues toda abrogación tácita es una cuestión de voluntad, y admitir como regla absoluta que las leyes especiales prevalecen siempre á las generales sería amenudo chocar con la voluntad del legislador. Ya lo hemos observado al examinar la cuestión de saber si la Ley Hipotecaria abroga las disposiciones del Código Civil relativas á la transcripción; en nuestra opinión la nueva ley, organizando un sistema completo de publicidad, arrastra por esto mismo la abrogación de la publicidad especial é imperfecta establecida por las leyes anteriores. El mismo principio debe recibir su aplicación á las leyes administrativas que permitían constituir una hipoteca por un acto de administración; están en oposición con el art. 2126, según el cual la hipoteca convencio-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1836 [Pasicrisia, 1836, 1, 238].

nal no puede ser consentida más que por acta pasada en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos. Esto es un sistema nuevo y absoluto que toma el lugar de la legislación antigua. Aun hay más: la abrogación de las antiguas leyes resultaba ya de la ley de 11 Brumario, año VII, que abroga de un modo general y absoluto «todas las leyes, costumbres y usos anteriores acerca de las constituciones de hipotecas» (art. 56) sin distinguir si estas leyes eran generales ó especiales. El legislador francés gusta de la unidad; y ¿qué sucedería de la unidad del derecho si todas las leyes particulares permanecieran en vigor después del establecimiento de una ley general? Nosotros consideramos, pues, como abrogada la ley de 23 de Octubre de 1790, que dice (art. 14, del título III): «El ministerio de los notarios no será de ningún modo necesario para pasar actos de arrendamientos (administrativos), ni para cualquiera acta de administración. Estas actas, así como los arrendamientos, están sujetas á la comprobación é implicarán hipoteca y ejecución.» Consideramos igualmente como abrogada una disposición análoga que se encuentra en la ley de 4 de Marzo de 1773, cuyo art. 3 dice así: «Aunque los tratos estén consignados en actas privadas la nación tendrá, no obstante, hipoteca en los inmuebles pertenecientes á los abastecedores y á sus caucionantes, á contar del día en que los ministros hayan aceptado los tratos.» Estas leyes procedían de un orden de cosas que fué abolido por la ley de Brumario y por el Código Napoleón. La hipoteca convencional existía de derecho pleno en toda acta auténtica, en todos los bienes presentes y futuros del deudor; esto era un privilegio ligado á la autenticidad; en este orden de ideas se comprende que se haya extendido este principio á actas recibidas por funcionarios administrativos. Las nuevas leyes han establecido principios enteramente diferentes, sólo hay hipoteca convencional en virtud de una conven-

ción y el legislador quiere por motivo de orden público que un legista redacte estas convenciones. Esto nos parece decisivo bajo el punto de vista del espíritu de la ley; y á falta de texto las cuestiones de abrogación se deciden por el espíritu de la ley; es decir, por la intención del legislador. (1) Se podría creer que la cuestión que discutimos esta zanjada por el art. 7 de la ley de 30 Ventoso, año XII, que abrogó el derecho antiguo *en las materias de que son objeto el Código Civil*. En efecto, la abrogación no sería dudosa si la ley del año XII fuera aplicable á la legislación intermedia, pero las leyes de la Revolución no están comprendidas en la disposición del art. 7 (t. I, núm. 27); quedan bajo el imperio de los principios generales que rigen la obligación tácita.

437. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida sino por acta auténtica. Si está constituida por acta privada es nula á no ser que el acta haya sido reconocida en justicia ó ante notario. La ley, es verdad, no pronuncia la nulidad; pero siendo la forma de substancia del acta no era necesario agregar la sanción de nulidad. En nuestra opinión hay que ir más allá; la ley no podía declarar nula una acta que no tiene existencia legal; esto implica contradicción: la hipoteca consentida por acta privada es más que nula, es inexistente.

Lo mismo pasaría con la hipoteca consentida por una acta auténtica nula como tal, pues una acta solemne nula en la forma no tiene existencia para la ley (art. 1339). No se puede aplicar el art. 1318, según el cual el acta auténtica nula por defecto de forma vale como escritura privada si fué formada por las partes, pues el acta de hipoteca no puede valer como escritura privada. La hipoteca, será, pues,

1 Compárese, en este sentido, Pont, t. II, p. 96, núm. 663. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 55, pfo. 266.

inexistente. Fué sentenciado que la hipoteca es nula cuando el acta notariada es nula por la menor irregularidad, tal como la falta de indicación del domicilio de los testigos. (1) Debe entenderse la palabra *nula* en el sentido que le da alguna vez el Código Civil (artículo 1601); la hipoteca es inexistente, así como la donación viciada en la forma no tiene existencia legal.

Si se admite el principio hay que admitir todas las consecuencias que derivan de él; ya las hemos deducido aménudo. Una de las más importantes está consagrada por el art. 1339; la donación nula en la forma no puede ser confirmada. Lo mismo sucede con la hipoteca por identidad de razones: no se confirma la nada. Por lo que toca á la hipoteca la confirmación no tendría razón de ser. La confirmación retrotrae en principio, pero sin perjuicio del derecho de los terceros; y la hipoteca no tiene efecto más que para con los terceros; inútilmente, pues, se confirmaría; no tendría efecto más que á partir del acta confirmativa, suponiendo que ésta reuna las condiciones prescriptas por la ley. Es, sin duda, por esta razón por lo que las partes interesadas nunca ensayaron confirmar una hipoteca nula en la forma; cuando menos no hemos encontrado un ejemplo en la jurisprudencia.

### § III.—CONSECUENCIA DE LA SOLEMNIDAD DE LAS HIPOTECAS.

438. Del principio de que la hipoteca es un contrato solemne derivan consecuencias muy importantes en lo que se refiere á la validez ó existencia de la hipoteca. Es necesario ante todo determinar el verdadero sentido del principio. Cuando un contrato es solemne todos los elementos de este contrato deben constar en la forma auténtica. Esto resulta

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1828 (Pasicrisia, 1828, p. 122).

del texto de la ley. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por acta auténtica; es decir, *contraída*; luego todo lo que constituye el contrato de hipoteca debe constar auténticamente. Decimos el *contrato de hipoteca*. No debe confundirse el contrato que establece la hipoteca con el contrato que establece la obligación principal (núm. 423); ambas convenciones pueden ser separadas; es decir, que las partes pueden levantar actas distintas, una para procurarse una prueba literal de la obligación que han contraído, la otra para la constitución de la hipoteca; la primera puede ser privada, la segunda tiene que ser auténtica. (1)

Hay, sin embargo, un elemento de la obligación principal que debe mencionarse en el contrato de hipoteca: es el monto pecuniario del crédito; esta mención es relativa á una condición esencial de la hipoteca: la especificación (artículo 80, Código Civil, art. 2132). Pero importa determinar el alcance de esta restricción. Se puede dar hipoteca para seguridad de una obligación indeterminada tal como la de daños y perjuicios no liquidados. La liquidación se hace y las partes la hacen constar en una acta privada. ¿Será válida la hipoteca? Sí, y sin duda alguna; se satisface el principio de la especificación por sólo que el acta indique la suma para cuya garantía fué constituida la hipoteca; esto es todo lo que interesa á los terceros, pues el acreedor no tendrá derecho de preferencia más allá de la suma fijada en el acta incripta, aunque el avalúo de los daños y perjuicios llevase su crédito á una cifra más elevada; por consiguiente, el acta auténtica está completa en lo relativo á la especificación del crédito. (2)

439. La Corte de Casación hizo la aplicación de estos

1 Persil, t. I, p. 435, art. 2127, núm. 7 y todos los autores. Gante, 17 de Julio de 1872 [Pasicrisia, 1872, 2, 420].

2 Martou, Comentario, t. III, p. 83, núm. 983.