

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.

principios en el caso siguiente. Por acta auténtica un banquero se obligó, á título de apertura de crédito, á tener á la disposición de los acreditados una suma de 100,000 francos, con estipulación de que la realización del crédito tendría lugar por entregas sucesivas de diversas sumas, hasta concurrencia de los 100,000 francos, y con este objeto se abriría un crédito especial. En la misma acta los acreditados consintieron una hipoteca hasta concurrencia de 100,000 francos. La Corte de Apelación decidió que el contrato de hipoteca debía combinarse con un escrito privado anterior que contenía el conjunto de las convenciones fijadas entre las partes y que determinaba las condiciones y las causas del crédito; el acta de la hipoteca sólo era la realización de estas convenciones. Procediendo así la Corte llegó á extender la hipoteca á la cuenta corriente que comprendía, además del crédito de 100,000 francos, una suma de 250,000, por la que los acreditados daban en garantía el fierro y fundición procedentes de la fábrica que explotaban; esta explotación formaba la causa del crédito total de 350,000 francos. Esto era determinar la extensión y los efectos de la hipoteca en lo que se refiere al crédito según las cláusulas de una acta privada anterior y, por tanto, violar el artículo 2127, que quiere que la convención y todos sus elementos, especialmente la suma, consten auténticamente. En consecuencia, la sentencia fué casada. (1)

440. Acerca de este punto todo el mundo está de acuerdo. Pero hay un profundo disenso en otro elemento del contrato de hipoteca: el consentimiento del acreedor: ¿debe darse en forma auténtica como el consentimiento del deudor? El art. 76 se explica especialmente acerca del consentimiento de aquel que constituye la hipoteca; el § I dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida más

1 Casación, 1.º de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 275). Compárese Martou, t. III, p. 86, núm. 932 bis; Pont, t. II, p. 91, núm. 656.

que por acta auténtica; y es del deudor del que se dice que *consiente* la hipoteca; cuando no está presente tiene que hacerse representar por un mandatario especial; lo que sólo puede hacerse, según el § 2, con un poder auténtico. Como se han prevalecido del texto de la ley para inducir que el consentimiento del acreedor no tiene que ser dado en la forma auténtica es necesario ante todo determinar la significación exacta del art. 76 (Código Civil, art. 2127). Y es la continuación y aplicación de la definición que la ley da de la hipoteca convencional. Según el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) esta hipoteca depende de las *convenciones* y de las formas exteriores de los contratos y actas; esto es decir que la hipoteca convencional sólo existe cuando la convención que la establece fué recibida en las formas prescritas por la ley; el art. 76 (Código Civil, art. 2127) determina estas formas. La combinación de estas dos disposiciones prueba que la palabra *consentir* de que se sirve la ley en el artículo 76 es sinónima de *contratar*; la ley no entiende decidir la cuestión de saber cómo el deudor debe manifestar su consentimiento, decide una cuestión más general, la de las formas que deben ser observadas para que exista la hipoteca; son las formas de las actas auténticas notariadas.

En cuanto al segundo inciso es especial al deudor que quiere constituir una hipoteca por poder: decide que el poder debe ser auténtico. ¿Por qué se ocupa la ley particularmente del deudor? ¿Es porque él solo debe consentir en forma auténtica? No, pues el § I decide implícitamente lo contrario, como acabamos de decirlo, y volveremos al punto para completar la demostración. Si el § 2 sólo habla del poder para constituir una hipoteca es porque esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil; el legislador no establece, pues, un principio general, zanja una controversia y lo hace por motivos generales aplicables á todas las partes que intervienen en el contrato de hipote-

ca; la solemnidad del acta implica la solemnidad del consentimiento; luego el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica. Y se admite generalmente (núm. 424) que el acreedor debe consentir también como el deudor. Esto decide la cuestión. El consentimiento es un elemento especial del contrato de hipoteca; si la autenticidad es de la substancia del contrato es por esto mismo de la substancia del consentimiento (núm. 430).

441. El principio, tal cual acabamos de formularlo, está controvertido; nos es, pues, preciso detenernos en él. Ha sido consagrado por una excelente sentencia de la Corte de Casación de Bélgica. La Corte comienza por establecer que el contrato de hipoteca se forma sólo por el concurso de voluntades del deudor que constituye la hipoteca y del acreedor que la estipula. Este principio basta para decidir la cuestión; siendo solemne el contrato el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica, si no se le considera no existente. Esto es verdad para el consentimiento del que estipula como del consentimiento del que promete. La Corte de Casación dice después que bajo el imperio del Código Civil existía una divergencia de opiniones acerca del punto de saber si el acreedor que no ha intervenido en el acta constitutiva de la hipoteca debe manifestar su consentimiento, es decir, aceptar en la forma auténtica, ó si puede hacerlo según el derecho común, ya por acta privada, ya tácitamente. Esta última opinión es la que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia. La comisión especial se pronunció por la opinión contraria; no inscribimos el pasaje del informe que la Corte de Casación reproduce igualmente en su sentencia. Hé aquí cómo la comisión presenta la cuestión: esto es importante, pues la solución no es absoluta, sólo se aplica al caso que el informe prevee. «Cuáles son los efectos de las actas notariadas en las que el deudor comparece solo para declarar que recibió tal suma á tí-

tulo de préstamo de Fulano y que constituye tal bien en hipoteca?» La comisión contesta: «En lo que se refiere al préstamo al acta tiene toda la fuerza de una confesión extrajudicial. Aunque hecha fuera de la presencia del acreedor podrá, según las circunstancias, ser considerada como una prueba completa, sin que esta prueba esté subordinada á la aceptación del acreedor. Pero en lo que se refiere á la hipoteca la confesión, aun auténtica, en una hipoteca es inoperante, puesto que la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta es nula y no podría recibir su existencia sino por la aceptación auténticamente comprobada del acreedor.» El informe agrega: «La comisión piensa que consignando aquí las observaciones que preceden y que resultan de principios de derecho incontestable puede abstenerse de modificar á este respecto el art. 2127» (convertido en el art. 76 de la Ley Hipotecaria). (1)

La Corte de Casación admite esta doctrina como interpretación oficial de la ley: «Este informe fué anexado por el Gobierno á la Exposición de los Motivos del proyecto de Ley Hipotecaria, y el pasaje mencionado no ha dado lugar á la menor discusión en la Cámara de los Representantes ni en el Senado; debe, pues, ser considerado como el verdadero espíritu del art. 76, el que reemplazó al 2127 del Código Civil.» (2)

No nos atrevemos á aceptar esta decisión como un principio, y la Corte de Casación misma sentenció lo contrario en una cuestión hipotecaria en la que había más que un informe de la comisión, había una declaración del Ministro de Justicia, había una decisión de la Cámara; no obstante, la Corte no tuvo ninguna cuenta de los trabajos preparatorios,

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

2 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasierisia, 1863, 1, 212).

y á tal punto, que ni los mencionó para combatirles (véase el núm. 240). En este último caso nos ha parecido que la Corte hubiera debido atenerse á la decisión de la cámara y á los motivos expuestos en la discusión. En el caso actual aceptamos la sentencia, pero hubiéramos preferido que la Corte lo motivase en los *principios incontestables* que la comisión invoca sin desarrollarlos. Estos principios son en el fondo los nuestros, pues la comisión dice que la hipoteca convencional exige un concurso de voluntades y quiere que la aceptación del acreedor esté dada en la forma auténtica porque la hipoteca tiene que ser *constituida* en esta forma, y agrega que la hipoteca solo *existirá* por la aceptación auténtica que el acreedor hará de la constitución, lo que implica que las formas están resguardadas para la *existencia* legal del acta y, por consiguiente, que el contrato de hipoteca es un acto solemne.

¿Pero si tales son los *principios* que la comisión entendía consagrar por qué no los formuló en la ley como lo hizo para la autenticidad del poder? Lo juzgó inútil porque los principios le parecían *incontestables*; en realidad son tan poco incontestables que todo en esta materia está sujeto á la controversia, y apesar del informe de la comisión la controversia subsiste. El silencio de las dos cámaras que la Corte de Casación invoca no es concluyente; las cámaras no deliberan sobre las *opiniones* emitidas en los informes, deliberan sobre las *proposiciones* que les están sometidas, y en la especie no conocían ninguna proposición: las decisiones de la comisión no tienen, pues, más que una autoridad doctrinal; se la ha repudiado en la cuestión que discutimos y nosotros mismos no aceptamos la opinión que la comisión enuncia acerca de los demás puntos que siempre están controvertidos en la misma materia. Hubiera sido tan fácil evitar estas incertidumbres que tocan á actos diarios de la vida civil.

Hemos debido hacer estas reservas porque si no habría podido oponer el informe de la comisión como una autoridad legal cuando no hay más que una autoridad de razón. Si aprobamos la decisión de la Corte de Casación es porque está realmente, en nuestro concepto, fundada en principios que creemos incontestables, pero que desgraciadamente están contestados por la doctrina y por la jurisprudencia.

442. La Corte de Casación de Francia pronunció una sentencia en sentido contrario en una especie idéntica á la juzgada por la Corte de Casación de Bélgica. Se trataba del reconocimiento puro y simple de una deuda con gravamen hipotecario. La Corte sienta en principio que este reconocimiento puede constituir un compromiso unilateral y ser hecho ordinariamente por el deudor solo. Ya hemos criticado este pretendido principio. ¿Qué importa que el gravamen hipotecario sea un compromiso unilateral? ¿Acaso los contratos unilaterales no exigen el concurso de voluntades de las dos partes interesadas? La Corte agrega que ninguna disposición de ley obliga al acreedor en favor del que se ha dado el reconocimiento con hipoteca y que quiere aprovecharlo á aceptar el efecto por una acta notarial. Aquí está la verdadera dificultad; la Corte reconocía implícitamente que el acreedor debe aceptar si quiere aprovechar la hipoteca; más valía decir, como lo hizo nuestra Corte de Casación, que el contrato de hipoteca sólo se forma por el concurso de consentimientos del deudor y del acreedor. ¿Debe hacerse por acta auténtica la aceptación del acreedor? Tal es la cuestión. No hay ley, dice la Corte, que lo exija. «El art. 2127 (Ley Hipotecaria, art. 76) invocado por el recurso enmudece á este respecto.» Contes- tamos nosotros que este artículo no debe aislarse del artículo 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44). La definición de la hipoteca convencional prueba que el contrato que la constituye es un contrato solemne; el art. 2127 (Ley Hipoteca-