

ria, art. 76) dice en qué consiste la solemnidad; la hipoteca no puede ser consentida más que por acta auténtica; es decir, que para que haya una hipoteca se necesita la forma auténtica, puesto que en los términos del art. 2117 la hipoteca convencional *depende* de la *forma* de las actas. Y si la hipoteca es un contrato solemne el consentimiento del acreedor debe ser también auténtico, así como el del deudor. Esto es precisamente lo que dice el art. 932 para otro contrato solemne: la dación. La Corte de Casación lo apartó diciendo que esta disposición sólo se aplica á la dación entre vivos. (1) El texto sí, pero el principio que el texto consagra se aplica á todos los contratos solemnes; este principio es elemental: es que en estos contratos el consentimiento no existe más que cuando está expresado en la forma auténtica.

La jurisprudencia de las cortes de apelación está conforme á la sentencia que acabamos de relatar; la decisión de la Corte de Tolosa que citamos quedó aislada (núm. 426). Generalmente se admite que la aceptación del acreedor puede ser tácita, y se induce este consentimiento tácito de la inscripción que el acreedor requiere en la oficina de conservación. Hé aquí la extraña consecuencia que la Corte de París dedujo de esos principios. En la especie la inscripción la había hecho un tercero. Poco importa, dice la Corte; el tercero debe estar considerado como habiendo obrado, en nombre de los beneficiarios de la hipoteca, en calidad de *negotiorum gestor*. ¿De este modo bastaba que la hipoteca estuviera inscrita sin el consentimiento del acreedor para que se le considerara haber consentido! ¿Qué diría el Presidente Favre de semejante doctrina? Seguramente creería en la monstruosidad. La Corte agrega que el acta del tercero, lejos de haber sido desaprobada, ha sido ratificada por

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

la producción del acreedor en la orden. (1) Esto levanta una nueva dificultad: ¿la ratificación retrotrae en la especie? La Corte no responde á la cuestión; volveremos á esto.

443. Las cortes de Bélgica se pronunciaron en el mismo sentido. Hay varias sentencias de la Corte de Lieja, sobre nuestra cuestión, anteriores á la sentencia de nuestra Corte de Casación. La primera descuidaba las nociones más elementales de derecho. Se trataba del reconocimiento de un préstamo anterior con gravamen hipotecario. «El acta, dice la sentencia, no comprueba, pues, entre dos personas presente, la proposición y la aceptación de un préstamo actual, pudiendo presentar la *aparencia de un contrato sinalagnático* y necesitar para su *formación*, según las circunstancias y naturaleza de las estipulaciones, el concurso simultáneo de la voluntad de las dos partes.» ¿Qué quiere decir esto? Se debe preguntarlo, porque la redacción es tan mala que el pensamiento de la Corte es ininteligible. ¿Acaso un préstamo es un contrato *sinalagnático*? ¿y los contratos *sinalagnáticos* exigen el *concurso simultáneo* del consentimiento de las partes? Tantas proposiciones como herejías. En la especie el contrato era unilateral: ¿qué concluyó la Corte? Que bastaba *para establecer* la *prueba* de un título emanado del deudor, sea en la forma del art. 1326 si el escrito es privado, ó ya sea en la forma auténtica. ¿Se trataba de una cuestión de *prueba* en la especie? ¿Qué por casualidad la hipoteca se prueba por acta privada? ¿No es la forma auténtica la substancia del acta? La Corte contesta que la hipoteca es un accesorio de la obligación principal y que debe seguir su suerte «por cuanto que las formalidades y las condiciones requeridas para su validez hayan sido observadas.» ¿Qué tiene que ver aquí el *carácter accesorio* de la hipoteca?

1 París, 22 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1260, 1.º). La Corte de Gante dice la misma cosa en la sentencia de 11 de Julio de 1862 (Pasirisia, 1863, 1, 212) que fué casada (núm. 441).

La hipoteca es un contrato solemne, mientras que el préstamo es un contrato no solemne; cuando se trata de la validez de la hipoteca ó de su existencia es preciso que se observan las formas sin que se deba tener en cuenta el contrato principal. ¿Cuáles son estas condiciones y estas formas? La Corte de Lieja cita los arts. 2127 y 2129 (Ley Hipotecaria, arts. 78 y 80) relativos á la especialidad de la hipoteca. Preguntamos de nuevo: ¿Qué tiene de común la especialidad con la forma del acta? «Si, continúa la Corte, la aceptación del acreedor es aún necesaria el legislador no ha determinado ni la época ni la forma de esta aceptación.» La sentencia está tan mal redactada que se pregunta uno si en el pensamiento de la Corte la aceptación del acreedor es necesaria ó si no lo es. No se sabe. En todo caso la Corte se conforma con una aceptación que sea cierta y debidamente establecida y aparta el art. 932 como siendo especial á las daciones. Siempre la misma confusión: no se trata de probar la aceptación, se trata de saber si la convención y, por consiguiente, la aceptación son solemnes. En fin, la Corte dice que los efectos de la aceptación remontan al día del título. (1) Esta es una nueva confusión. La confirmación retrotrae, salvo los derechos de los terceros; ¿pero dónde dice que el consentimiento retrotrae y quién nunca pensó en pretenderlo?

En la segunda sentencia pronunciada por la Corte de Lieja se trataba de saber si el poder que el acreedor da para la aceptación debe ser auténtico. La Corte se pronunció por la negativa en razón de que el art. 76 no exige la autenticidad del poder más que para la constitución de la hipoteca; es decir, por parte del que la crea ó la concede y no por parte del que la acepta ó la recibe. (2) Igual decisión fundada en el mismo argumento es la de una sentencia de la

1 Lieja, 19 de Enero de 1856 (Pasicrisia, 1857, 2, 350).
2 Lieja, 2 de Agosto de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 402).

Corte de Gante. (1) ¿Han reflexionado las dos cortes en las consecuencias extrañas que resultan de esta interpretación del art. 76? Si este artículo exige un poder auténtico por parte del deudor que consiente la hipoteca por derogación de la ley que admite el mandato dado privadamente y aun por carta es porque la hipoteca es una acta solemne y que en un contrato solemne todos los elementos de la convención deben estar auténticamente comprobados; hay, pues, un motivo idéntico para exigir la autenticidad para el consentimiento del deudor. Si el art. 76 no habla más que del deudor es que tiene por objeto zanjar una controversia. Pero es tan cierto que los autores de la ley no entendieron decidir que el consentimiento del acreedor podía darse por escrito privado que establecieron el principio del todo contrario, principio en el que nuestra Corte de Casación se fundó para juzgar que la aceptación del acreedor debía ser dada en la forma auténtica (núm. 441). Argumentando en el silencio de la ley las cortes de Lieja y de Gante hacían decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir; lo que siempre llega á suceder en esta clase de argumentación que se llama *a contrario*. Si la argumentación es mala la consecuencia lo es más. La Corte de Lieja reconocía en su primera sentencia que la constitución de la hipoteca tiene un carácter *solemne*. ¿De este modo el contrato sería solemne con relación á una de las partes y no solemne con relación á la otra! Hé aquí una distinción que merece ser colocada en el catálogo de los errores de los prácticos que el Presidente Favre redactó. Agregaremos que la distinción es contraria al texto de la ley; el art. 76 (Código Civil, artículo 2127) no debe aislarse del art. 44 (Código Civil, artículo 2117), del que es la consecuencia; y el art. 44 dice que la *hipoteca convencional depende de la forma exterior* de las actas y de los contratos, no dice que el consentimiento del

1 Gante, 11 de Abril de 1875 [Pasicrisia, 1876, 2, 44].

deudor es una acta solemne mientras que el consentimiento del acreedor sería una acta no solemne. (1)

444. Debemos detenernos en la jurisprudencia porque se trata de una cuestión práctica y que los notarios, lo mismo que todos los prácticos, están dispuestos á atenerse á las decisiones judiciales; lo que es muy natural cuando estas decisiones no hacen más que apoyar la práctica ilegal introducida por el uso y perpetuada por una larga tradición. Les aconsejamos atenerse al principio consagrado por nuestra Corte de Casación; es el más jurídico y en todo caso es el más seguro. La doctrina es tan incierta como la jurisprudencia. Sólo conocemos un autor, Zachariæ, (2) que enseña la doctrina que acabamos de sostener contra la jurisprudencia de las cortes de Francia y Bélgica, apoyándose en la sentencia de nuestra Corte de Casación; los Sres. Aubry y Rau abandonaron, acerca de este punto, la oposición del jurisconsulto alemán; distinguen, con la jurisprudencia, la constitución hipotecaria y la aceptación del acreedor; ésta se puede hacer privada y aun tácitamente. Los editores de Zachariæ no motivan su decisión, lo que es el lado débil de su excelente obra: se limitan á apartar el art. 932, que consideran como una disposición excepcional, y concluyen que no se la podría extender á todas las convenciones para cuya validez la ley exige acta notariada. (3) Esto no es exacto. El art. 932 no es excepcional más que en el sentido de que no recibe aplicación más que en los contratos solemnes; la cuestión es, pues, saber si la hipoteca es un contrato solemne; si se la decide afirmativamente se debe decir que la autenticidad está requerida no para la *validez* de la hipoteca sino para su *existencia*; en todo caso la forma auténtica está prescripta para todos los elementos de la hipoteca,

1 Hay dos sentencias en el mismo sentido [Cloes, t. III, p. 47].

2 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. V, p. 179, nota 4, pfo. 800.

3 Aubry y Rau, t. III, ps. 274 y siguientes, y nota 51, pfo. 266.

como lo prueba la definición que el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) da de la hipoteca convencional, definición que los autores, así como la jurisprudencia, descuidan completamente, y, sin embargo, decide la cuestión. El último autor que ha escrito sobre la materia en Francia, Pont, se limita á hacer constar el estado de la jurisprudencia. (1)

445. Los intérpretes de la ley belga se pronunciaron todos en el mismo sentido. Martou se conforma con decir que la sucesión de la hipoteca es por parte del deudor una obligación unilateral cuya validez no está subordinada ni á la presencia del acreedor en el acta ni á una aceptación ulterior de su parte; después decide que el acreedor manifiesta suficientemente su aceptación por la inscripción de la hipoteca. (2) ¿Cómo ese espíritu tan juicioso no observó que su doctrina está en oposición con los principios más elementales de derecho? ¿Qué! se trata de un contrato y de una acta solemne y este contrato se perfecciona sin que el acreedor esté presente en el acta y sin que acepte ulteriormente? Habría, pues, un contrato sin consentimiento, porque el consentimiento no es más que el concurso de voluntades. Si esto es así ¿á qué viene hablar de una aceptación tácita?

M. Cloes critica la sentencia de nuestra Corte de Casación; le parece imposible que esta decisión esté destinada á fijar la jurisprudencia. También hemos hecho algunas reservas sobre los motivos de la sentencia; M. Cloes tiene razón en decir que las opiniones enunciadas en el informe de una comisión no deben ser identificadas con la ley. Esto prueba que la comisión estuvo errada al no formular en artículo de ley la doctrina que creía fundada en principios incontestables. Pero esto no prueba que estos principios sean falsos. Creemos haber demostrado la exactitud.

1 Pont, De los privilegios é hipotecas, t. II, p. 93, núm. 659.

2 Martou, t. III, p. 87, núm. 982 *ter*.

Lo que el honorable consejero de la Corte de Lieja objeta en su comentario nos parece de una debilidad extremada. Después de haber transcripto el pasaje de informe que citamos (núm. 441) el comentador agrega que en su concepto la solución de la dificultad depende del punto de saber si la constitución de la hipoteca es un contrato sinalagmático ó un contrato unilateral, y como es cierto que el contrato de hipoteca es unilateral se debería concluir que la aceptación del acreedor no es necesaria; por tanto, no se podría tratar de una aceptación auténtica. Sin embargo, el autor no admite las consecuencias de su principio; debería desechar toda aceptación y se conforma con una aceptación tácita. Se sorprende uno de ver este error, ya señalado por el Presidente Favre, reproducirse sin cesar aun después de la sentencia de nuestra Corte de Casación que establece tan claramente el verdadero principio. Y acerca de este punto la autoridad de la comisión especial es igualmente decisiva porque es la autoridad del buen sentir; ¿puede haber hipoteca convencional sin convención y la convención no tiene en su esencia el concurso de voluntades? El magistrado de Lieja acabó por caer en la misma contradicción que reprochamos á Martou. Después de haber dicho que una aceptación del acreedor no es necesaria se adhiere á la opinión de los autores franceses que se conforman con un consentimiento tácito. (1) ¿Qué cosa es, pues, el consentimiento tácito sino una aceptación?

M. Arntz parece acercarse á nuestra opinión; dice muy bien que la hipoteca convencional es la constituida por el libre consentimiento de las partes. Está regida por los principios generales de las convenciones; debe, pues, ser aceptada por el acreedor, sea en persona ó por su mandatario ó gerente. ¿Cómo se debe hacer la aceptación? M. Arntz contesta como nosotros que la hipoteca debe ser aceptada por

1 Cloes, t. III, p. 47, núm. 72, p. 43, núm. 70 y p. 45, núm. 71.

acta auténtica y que no puede producir efecto sino después de la comprobación de la aceptación en esta forma. Pero agrega que la aceptación del acreedor se puede hacer tácitamente por la inscripción. (1) Acerca de este último punto estamos en disidencia. En nuestra opinión la aceptación en la forma auténtica no es una cuestión de *prueba*. El contrato de hipoteca es un contrato solemne; *depende*, como lo dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117), de la forma exterior de las actas. Luego la forma es una acta notariada; por tanto, es necesario un poder auténtico ó una aceptación ante notario. La inscripción, en todo caso, no puede valer como aceptación, pues la inscripción supone que la hipoteca existe; por consiguiente, que está aceptada.

§ IV.—APLICACION DEL PRINCIPIO.

446. La Ley Hipotecaria exige el consentimiento auténtico del deudor que constituye la hipoteca y, como consecuencia, la autenticidad del poder que el deudor da con objeto de constituir la hipoteca. Fué sentenciado por aplicación de esta disposición que la hipoteca no puede ser consentida en virtud de una deliberación de una sociedad que autorice al gerente á contratar un préstamo hipotecario, á no ser que la deliberación conste en una acta notariada. En el caso no había ninguna duda, pues el acta social decía que la asamblea general de los accionistas sólo tenía el derecho de decretar los préstamos, y la prohibición de pedir prestado implicaba la prohibición de consentir una hipoteca para la seguridad del préstamo; la deliberación que autorizaba el préstamo era, pues, un poder en el sentido del art. 76 y, por tanto, sometida á la forma de la autenticidad. (2) Pue-

1 Arntz, Curso de derecho civil francés, t. II, p. 728, núm. 1789 y p. 734, núm. 1807.

2 Sentencia del Tribunal de Lieja de 9 de Agosto de 1865 confirmada en apelación (Cloes, t. III, p. 48, núm. 76).