

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).

den de esto resultar dificultades para las sociedades, pero el principio no es dudoso.

447. Si la hipoteca está consentida en virtud de un poder privado el acta es nula y, por consiguiente, no hay hipoteca. Se pregunta si el mandante podría confirmar la hipoteca por acta auténtica? En nuestra opinión la negativa es segura. Siendo solemne el contrato de hipoteca la autenticidad es de la esencia del acta; si ésta es nula en la forma es inexistente, es la nada, y la nada no se confirma. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias; (1) no admiten el principio de la solemnidad del contrato de hipoteca y, por otra parte, los principios que rigen las actas inexistentes no han entrado aún en la práctica judicial. Pero á la vez que admitiendo la confirmación se decide que no trae ningún perjuicio á las hipotecas adquiridas antes de la confirmación; en efecto, la confirmación no retrotrae en perjuicio de los terceros (art. 1388).

448. Sucede frecuentemente que el notario acepte por el acreedor ausente. Esto es una antigua práctica notarial ya comprobada por una acta de notoriedad del Châtelet de París fechada en 8 de Mayo de 1716. Se pregunta si la aceptación es válida. Hay una cuestión previa: ¿el acta auténtica no está viciada cuando el notario interviene en nombre del acreedor? La afirmativa nos parece segura. (2) En efecto, la ley de Ventoso pronuncia la nulidad de las actas en las que el notario es á la vez oficial público y parte (artículos 8 y 68), y el notario que acepta por el acreedor obra como mandatario ó como gerente de negocios; en uno y otro caso es parte, pues estipula. Se objeta que la intervención del notario debe ser considerada como un acto superabundante, puesto que se trata de un compromiso

1 Martou, t. III, p. 89, núm. 985. Denegada, Sala Civil, 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 49).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 52, pfo. 266.

unilateral que sólo puede ser regularmente hecho por el deudor solo. (1) La objeción descansa en un principio que no admitimos y que realmente nadie admite, puesto que, en opinión de todos, debe cuando menos haber una aceptación tácita. Se hacen todavía otras distinciones para conciliar las diversas sentencias pronunciadas en esta cuestión; (2) creemos inútil entrar en estos debates; aunque el notario sólo interviniera para aceptar esta intervención viciaría el acta y anularía la hipoteca.

449. Si se admite que el acta pueda valer como auténtica aunque el notario acepte por el acreedor ausente se suscita una nueva dificultad: ¿son válidas la aceptación y, por tanto, la hipoteca? La cuestión se presenta en otras hipótesis; para evitar la nulidad del acta el notario hace que intervenga su pasante ó un tercero. Se trata, pues, de saber si la aceptación hecha en el acta en nombre del acreedor valida el acta. En nuestro concepto no, y la decisión ni siquiera es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca del carácter de la hipoteca convencional. Si el contrato es solemne el consentimiento de ambas partes debe de expresarse en forma auténtica; luego por el acreedor y el deudor en presencia del notario, á reserva de que las partes se hagan representar por mandatarios; pero en este caso el poder debe ser auténtico, sin distinguir si procede del acreedor ó del deudor.

Se enseña, sin embargo, lo contrario; la hipoteca, se dice, puede ser válidamente aceptada en nombre del acreedor por un tercero obrando sin mandato expreso. (3) Esto es una consecuencia de la distinción que hacen los autores entre la constitución de la hipoteca por el deudor y la acep-

1 Pont, t. II, p. 93, núm. 659. Chambéry, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

2 Cloes, t. III, p. 48, núms. 273 y 274. Compárese Denegada, Sala Civil, 8 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305), Casación, 4 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).

3 Aubry y Rau, t. III, p. 275, pfo. 266.

tación por el acreedor; la primera es una acta solemne, la segunda permanece en los términos del derecho común. En nuestro concepto esta distinción es falsa; divide lo que es esencialmente indivisible: la naturaleza del acta; y es contraria á la definición que la ley da de la hipoteca convencional; el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) no dice que la hipoteca depende de la forma exterior del acta en lo que se refiere al deudor; dispone, en términos absolutos, que la existencia de la hipoteca está ligada á la observancia de las formas legales. Lo que es verdad para el deudor es, por esto mismo, verdad para el acreedor. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Lieja; el único motivo que alega es la opinión emitida por la comisión especial que preparó el proyecto de ley acerca del régimen hipotecario; fundamento poco sólido, como lo diremos más adelante. (1)

450. La aceptación por un tercero en nombre del acreedor, pero sin mandato, debe ser ratificada por el acreedor para que haya consentimiento. Esta ratificación da lugar á nuevas dificultades. Se pregunta desde luego si tiene que hacerse en forma auténtica. Cuando se trata del deudor en nombre del que un tercero ha concedido hipoteca es seguro que tiene que ratificar por acta notariada, pues su consentimiento es una acta solemne, y sólo es ratificando como consiente. ¿Pasa lo mismo con la ratificación del acreedor? En nuestra opinión sí, puesto que el acta es solemne para con él tanto como para con el deudor. En la opinión contraria nó, puesto que el consentimiento del acreedor permanece sometido al derecho común.

Hay una segunda dificultad: ¿cuál será el efecto de la ratificación? Suponemos desde luego que se trata de una hipoteca constituida en nombre del deudor por un tercero sin mandato. El deudor ratifica por acta auténtica. ¿Retrotraerá esta ratificación? En nuestra opinión nó, pues la hi-

1 Lieja, 25 de Enero de 1877 (Pasicrisia, 1877, 3, 264).

poteca sólo existe por el concurso de voluntades auténticamente comprobadas, y el consentimiento en las actas solemnes se considera no existir mientras no ha sido dado en la forma legal; luego sólo es cuando la ratificación cuando existe el consentimiento del deudor; por tanto, sólo hay hipoteca desde la ratificación. En vano se opondrá el principio de que la ratificación equivale al mandato y que, por consiguiente, retrotrae. Esto es muy dudoso, en nuestro concepto, aun en los contratos no solemnes (t. XXVIII, números 74 y 75); en todo caso esto no es verdad en los contratos que sólo existen cuando el consentimiento ha sido expresado en forma auténtica. (1) Esta doctrina está admitida, aun en la opinión contraria, por los Sres. Aubry y Rau. Consecuentes con su doctrina consideran la constitución de hipoteca por el deudor como un contrato solemne; resulta de esto lógicamente que el consentimiento del deudor y, por tanto, la eficacia del contrato están subordinados á la autenticidad del acta por la que el deudor consiente; luego, en el caso, el consentimiento del deudor sólo existe en virtud del acta auténtica de ratificación; lo que excluye la retroacción, no pudiendo retrotraer la solemnidad. La opinión de los editores de Zachariæ está aislada; se admite generalmente que la ratificación retrotrae, lo que procede de la idea inexacta que se tiene del contrato de hipoteca. (2)

1 Compárese lo dicho acerca de las donaciones, t. XII, núm. 241.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 6, pfo. 266. En sentido contrario, Pont, t. V, p. 60, núm. 626 y la jurisprudencia citada en nota. Debe agregarse una sentencia de Casación de 13 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 97). La Corte sienta en principio que la hipoteca está válidamente constituida y que, por aplicación del principio de retroacción de la ratificación del acta ratificada, la inscripción tomada en virtud del acta de hipoteca produce su efecto desde el día de su fecha para con los acreedores que no han tomado inscripción válida antes de la ratificación. Creemos que la Corte de Besangón habría resuelto mejor decidiendo que la hipoteca consentida sin mandato no existe más que en el momento de la ratificación y que es, pues, ésta la que da á la hipoteca su existencia legal. La Corte concluye de esto que debe hacerse por acta auténtica

En cuanto á la ratificación del acreedor se entiende que, en nuestra opinión, está absolutamente regida por el mismo principio que la del deudor. El contrato de hipoteca no es solemne á medias; es solemne ó no lo es. Si lo es será para ambas partes contratantes; luego para el deudor como para el acreedor la aceptación ratificada sólo existe á partir de la ratificación; de donde se sigue que hasta aquel momento no hay consentimiento ni contrato. Y la retroacción de la ratificación no es más posible para el acreedor que lo es para el deudor; la retroacción de una solemnidad no tiene sentido.

451. Acerca de este último punto la comisión especial ha enunciado una opinión contraria; admite la validez de la hipoteca por un tercero sin mandato, siempre que haya ratificación, y lo decide así por aplicación de los principios generales que permiten responder por un tercero y estipular en nombre de un tercero como gerente de negocios; pero la ratificación no tendrá efecto en perjuicio de los terceros. (1) Esto es en todo el derecho común tal como se enseña generalmente; mientras que, en nuestra opinión, la cuestión debe decidirse por los principios que rigen la solemnidad del contrato. La comisión nos parece inconsecuente; parece admitir la solemnidad del actor en la hipoteca en que el deudor reconoce una deuda preexistente afectándole una hipoteca (núm. 441). Y cuando se trata de la ratificación de una aceptación para el acreedor, dada sin mandato, la comisión considera el contrato de hipoteca como un contrato ordinario sometido en todo á la ley común. Este es el peligro de las opiniones emitidas en un informe sin que estén formuladas en un texto de la ley; no se dis-

y que debe estar inscripta para tomar lugar á partir de esta inscripción. Sólo que la Corte hubiera debido fundar su decisión en el carácter solemne de la hipoteca y contestar el principio tradicional de la retroacción de la ratificación.

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

cuten, permanecen en vaguedad y no se sabe, en definitiva, cuál es el principio que el legislador entendió consagrar.

452. Hacemos nuestras reservas acerca de otra opinión emitida por la comisión especial. Supone que la hipoteca está estipulada accesoriamente á un contrato de préstamo y decide que, en este caso, la hipoteca existe desde el momento en que la acción tomó nacimiento, antes de la ratificación que el acreedor hiciera del contrato; mientras que si la hipoteca está estipulada posteriormente al préstamo la hipoteca sólo existirá á partir de la ratificación. La comisión aplica este principio á los contratos de préstamos pasados con constitución de hipoteca, en los que el notario hace intervenir un pasante declarando que los fondos prestados pertenecen á un tercero en nombre del que los da en préstamo y estipula hipoteca. Esta hipoteca, dice la comisión, puede ser inscripta inmediatamente y tendrá fecha desde el día de la inscripción.

No admitimos este pretendido principio y hemos repudiado de antemano la aplicación que la comisión hace de él (núm. 449). (1) ¿Cambia acaso el contrato de hipoteca de naturaleza, según que la hipoteca está estipulada en la misma acta que la obligación principal ó en una acta posterior? Buscamos en vano la razón de esta distinción. La hipoteca es siempre un derecho accesorio en cualquier momento que está establecida; pero el carácter de la hipoteca nada tiene de común con la cuestión de saber si la hipoteca convencional es un contrato solemne. La definición que la ley da de la hipoteca convencional implica que no existe sino cuando ha sido constituida en las formas legales; es decir, que el acta es solemne de un modo absoluto. Si así es el contrato debe ser regido por los mismos principios, cualquiera que sea el

1 Compárese una sentencia del Tribunal de Bruselas de 16 de Febrero de 1875 (Pasicrisia, 1875, 3, 133).

acta en la que conste, asimismo que es solemne para con ambas partes. La naturaleza de una acta es indivisible, siempre es la misma en todos los casos; cualquiera distinción conduciría á un contrasentido; á saber, que una sola y misma acta es ya solemne y ya no solemne.

§ V.—DE LA PROMESA DE HIPOTECA.

453. ¿La promesa de hipoteca es válida y en qué difiere de la constitución de hipoteca? Según el art. 1589 la promesa vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio. Puede también haber una promesa de hipoteca que equivalga á un contrato por el que el deudor consienta una hipoteca y el acreedor la acepte. Si el deudor dice en una acta auténtica que ofrece una hipoteca á su acreedor en tal inmueble para garantía de tal acto y que el acreedor acepte esta promesa habrá, en realidad, contrato de hipoteca, pues no hay referencia entre esta convención y la ordinaria con la que una hipoteca se establece más que las partes ó el redactor del acta hayan empleado la palabra *prometer*; poco importan los términos siempre que implican un consentimiento del deudor. Desde que hay contrato en las formas y condiciones determinadas por la ley hay translación de un derecho real, aunque las partes se hayan servido de la palabra *prometer*. Este caso es raro, no hay ejemplo de él en la jurisprudencia, y esto no es lo que los autores entienden por promesa de hipoteca. Suponen que el deudor promete, ya sea verbalmente, ya por carta ú otro escrito privado, á su acreedor darle una hipoteca. El acreedor acepta la promesa. Es seguro que esta promesa es válida como toda convención que no tiene nada contrario á las buenas costumbres y al orden público; pero la hipoteca no quedará cons-

tituida en este caso, sólo lo será por el contrato que el deudor ofreció consentir.

Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de París. El acreedor expresa por carta á su deudor el deseo de obtener una hipoteca; el deudor contesta que consiente en concederla; fué sentenciado que esta promesa es válida y que da acción al acreedor contra el deudor para obligarlo á ejecutarla. (1) Diremos más adelante cuál es el efecto de esta acción. Se ve que la diferencia es grande entre la promesa de hipoteca así formulada y el contrato de hipoteca. El contrato de hipoteca es un acto solemne, sólo existe si recibió la forma auténtica, y la hipoteca sólo será válida si está especificada en cuanto á los bienes y en cuanto al crédito. No sucede lo mismo con la promesa de hipoteca; es una convención no solemne que permanece en los términos del derecho común; no tiene que ser auténtica, ni siquiera es necesario que haya acta, pues el escrito solo sirve de prueba. La condición de especificación no tiene que ser observada, pues no se trata todavía de constituir la hipoteca, las partes convienen solamente en formar un contrato de hipoteca; es en esta acta en la que observarán la condición de la especificación prescrita por la ley.

454. ¿Cuáles son los efectos de la promesa de hipoteca? Es una obligación de ser regida por el derecho común. El deudor la cumple presentándose ante el notario y declarando que constituye una hipoteca en tal inmueble para la garantía de tal crédito. A este respecto hay una diferencia entre la promesa de hipoteca y la promesa unilateral de venta; ésta se convierte en venta por el consentimiento que da aquel en provecho del cual fué hecha la promesa de vender ó comprar. Este consentimiento no basta para que la promesa de hipoteca esté realizada; mejor dicho, el acree-

<sup>1</sup> Pau, 16 de Julio de 1852 (Daloz, 1854, 2, 205). Compárese Dnegeada, de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 301).