

Tarrible no habla de la quiebra civil en general; supone que el deudor insolvente ha cedido sus bienes á sus acreedores. Es un estado de quiebra civil comprobado por el mismo deudor y que no difiere de la quiebra en general más que en el mandato que el deudor da á sus acreedores de vender sus bienes amigablemente. ¿El deudor puede todavía hipotecar sus bienes después de la cesión que hizo de ellos? Transladamos á lo dicho más atrás. ¿Pueden los acreedores inscribir las hipotecas adquiridas antes de la cesión? Sí, y sin ninguna duda, puesto que ninguna ley ni ningún principio se oponen á ello.

§ V.—¿EN VIRTUD DE CUÁLES ACTAS PUEDE REQUERIRSE LA INSCRIPCIÓN?

26. La inscripción es la manifestación de la hipoteca ó del privilegio. Supone, pues, la existencia del derecho real cuya publicidad prescribe la ley. Según nuestra Ley Hipotecaria esta existencia está subordinada á una acta auténtica en que consta el privilegio ó la hipoteca. Los privilegios del vendedor ó del cambista, del donante, del copartícipe, se conservan por la transcripción del acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliarios que les dió nacimiento, y la ley no admite á transcripción más que las actas auténticas ó las actas que les están asimiladas. Sin embargo, estos privilegios pueden también conservarse por la inscripción y para esto la ley exige sólo una copia auténtica del acta que da nacimiento al privilegio (artículo 83; Código Civil, art. 2148). En rigor los privilegios podrían, pues, constar en actas privadas. (1) Es una anomalía que se explica sólo por esta consideración: que en el espíritu de la ley los privilegios que acabamos de recordar se conservan por la transcripción; trasladamos á lo dicho en el ca-

1 Compárese Aubry y Rau, t. III, ps. 323 y siguientes, nota 7, pfo. 271.

pítulo *De los Privilegios*. Para el privilegio del arquitecto la ley exige dos procesos verbales redactados por expertos; aunque nombrados de oficio por el presidente del tribunal los peritos no son funcionarios públicos y las actas que redactan no son auténticas. La ley vuelve al principio de la autenticidad exigiendo que los cesionarios de créditos privilegiados se conformen á las disposiciones del art. 5; y conforme á este artículo la cesión no puede ser opuesta á los terceros más que si resulta de una acta auténtica. Hubiera sido más lógico prescribir como regla absoluta la necesidad de una acta auténtica con la publicidad de las actas sometidas á la transcripción, y la ley no admite á la transcripción más que actas auténticas (art. 2).

27. En cuanto á las hipotecas la autenticidad está requerida como condición de su existencia cuando se trata de hipotecas convencionales. La ley se desvía de este principio en favor de las hipotecas testamentarias permitiendo al testador constituir las en un testamento cualquiera. Las hipotecas legales existen en virtud de la ley, pero, en general, deben especificarse antes de poder ser inscriptas. Esta especificación se hace, para la hipoteca de los menores é interditos, por una deliberación del consejo de familia, lo que no es una acta auténtica, aunque la deliberación esté actuada por el secretario del juzgado de paz. La hipoteca de la mujer casada está especificada por el contrato de matrimonio; es decir, por una acta auténtica ó por el presidente del tribunal, cuya orden tiene igualmente un carácter auténtico. Hay casos en que este mandamiento ni es necesario: es cuando la inscripción está requerida por un magistrado; en este caso no se necesita ninguna acta.

En definitiva, la ley exige una acta auténtica como regla, pero hace excepción á esta regla.

28. ¿La hipoteca ó el privilegio pueden ser inscriptos si

el acta requerida por la ley es nula? Debe aplicarse la distinción de las actas nulas y de las inexistentes. Los autores y las sentencias no siempre lo hacen; de esto una grande confusión en la doctrina (1) y en la jurisprudencia. Una acta nula ó nulificable produce todos los efectos que la ley le liga, mientras que el juez no pronunció la nulificación; luego puede ser hecha pública por vía de la transcripción ó de la inscripción. Si el acta fuera anulada la inscripción caería. En contra si el acta fuera confirmada la inscripción lo sería igualmente; por consiguiente, produciría su efecto á partir del día en que se hubiera tomado; se necesitaría, pues, una nueva inscripción en virtud del acta confirmativa.

La Corte de Casación lo sentenció así en una sentencia pronunciada después de deliberada en Sala de Consejo. Un menor había consentido hipoteca con promesa de ratificarla; es decir, de confirmarla después de su mayor edad; esto es lo que hizo inmediatamente que lo fué. La hipoteca había sido inscrita durante su menor edad, no hubo nueva inscripción. Otras inscripciones fueron tomadas en virtud de hipotecas consentidas después de la mayor edad. Los últimos acreedores sostuvieron que la inscripción tomada durante la menor edad era nula; que no adquiriría valor más que por una confirmación; lo que, según ellos, necesitaba una nueva inscripción. La Corte de Casación desechó sus pretensiones. Sentó en principio que la inscripción tomada en un menor no era por esto sólo nula de plano y de un modo absoluto; que sólo era nulificable, no por sí misma sino por tener que seguir la suerte del contrato de hipoteca en virtud del que fué tomada: la confirmación del acta confirmaba la inscripción. Desde luego era inútil renovarla, la confirmación la validaba desde su origen, pues es de la esencia de la confirmación retrotraer, á reserva de derecho de terceros; y en el caso los terceros no tenían aún ningún derecho

1 Compárese Martou, t. III, p. 164, núm. 1077.

cuando la confirmación, siendo sus hipotecas posteriores al acta confirmativa. (1)

Hay una sentencia reciente de la Corte de Casación que mantiene su primera jurisprudencia. (2) La Corte invoca el derecho común del art. 1120; ni siquiera prevee la objeción de que la hipoteca, siendo un contrato solemne, no está sometida al derecho común. Cita también el art. 1338; aquí el error de la Corte es evidente. El art. 1338 habla de la confirmación de las actas nulas ó nulificables; es decir, de la renuncia del acreedor en prevalecerse de una causa de nulidad. ¿Qué tiene de común la confirmación con la ratificación de aquel en cuyo nombre fué consentida ó estipulada la hipoteca? La Corte confunde, como el Código Civil, la ratificación propiamente dicha y la confirmación.

29. El Código da el nombre de *ratificación* á la confirmación de una acta nula. Y también se llama ratificación el consentimiento dado á un contrato en el que las partes no han sido representadas por un mandatario. De ahí una verdadera confusión y errores en la doctrina y en la jurisprudencia.

El marido consiente una hipoteca tan en su nombre como en el de su mujer, de la que responde; ésta ratifica; es decir, consiente la hipoteca. Se pregunta si la hipoteca puede ser inscrita antes de la ratificación. En la opinión que hemos enseñado (t. XXX, núm. 458) la hipoteca sólo existe en virtud de la ratificación; hasta entonces no hubo concurso de consentimientos. Y no puede haber inscripción sin que haya hipoteca. Si, pues, la hipoteca hubiere sido inscrita antes de la ratificación la inscripción sería más que nula, sería inexistente; por tanto, habría que tomar una nueva inscripción en virtud del acta de ratificación. La

1 Denegada, Sala Civil, 25 de Noviembre de 1856 [Daloz, 1856, 1, 385]. Aubry y Rau, t. III, p. 324, nota 8, pfo. 271.

2 Casación, 13 de Diciembre de 1875 [Daloz, 1876, 1, 97]. Compárese lo dicho en el t. XXX, núms. 450 y 451.

Corte de París lo sentenció así, pero la redacción de la sentencia deja mucho que desear. Comienza por decir que una *acta de ratificación* nada cambia las disposiciones de una primera acta, de la que sólo es la *confirmación*. En el caso se trataba no de *confirmar* una acta nula sino de consentir una hipoteca á la que la mujer había sido extraña; y este consentimiento, no pudiendo darse más que en la forma auténtica, no existía sino cuando la mujer ratificase. La Corte dice después que el principio de la ratificación ó confirmación no es aplicable al acta por la que el marido constituye una hipoteca respondiendo por su mujer, porque el marido no pudo gravar los bienes de ésta sin su participación y su consentimiento; luego el concurso de consentimiento, es decir, el contrato, no existió sino en virtud de la ratificación, no pudiendo ser inscripta la hipoteca antes de que existiera. (1)

La Corte de Casación, en un caso idéntico, resolvió en sentido contrario. El marido consiente una hipoteca tanto en su nombre propio como en el de su mujer menor. Llegada á su mayor edad la mujer ratifica el acta sin que se tome ninguna inscripción en el intervalo de la inscripción de la hipoteca consentida por ella en su menor edad y el acta de ratificación. ¿Tuvo esta ratificación por efecto validar la inscripción en virtud de la hipoteca consentida por el marido? La Corte sienta en principio que la ratificación de una acta en la que un tercero obra por el menor, respondiendo por él, produce el mismo efecto que si esta acta hubiere sido pasada por una persona capaz para obligarse, á salvo los derechos de terceros anteriores á la ratificación. Esto es aplicar á la ratificación lo que la ley dice de la confirmación (art. 1338), y en el caso se trataba no de confirmar sino de consentir. Se dice, es verdad, que el consentimiento dado bajo forma de ratificación equivale á un mandato. El

1 París, 11 de Agosto de 1808 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1556).

principio es incontestable; y aunque se admitiera no se aplica á las actas solemnes en las que el mandato tiene que ser auténtico; la solemnidad no puede retrotraer. La Corte concluye que la inscripción tomada en virtud del acta que había conferido la hipoteca produce su efecto, desde el día de su fecha, para con los acreedores que no tenían inscripción válida antes de la ratificación. Hé aquí la confusión que hemos señalado; la Corte confunde la confirmación de una acta nula que retrotrae, con reserva de derechos de terceros, y la ratificación que constituye el consentimiento del deudor: no se trata en este último caso de una retroacción que pudiera ser perjudicial á los terceros, se trata de saber si el contrato solemne puede formarse por la ratificación del deudor; y es imposible que la mujer se considere como consintiendo en la forma auténtica en un contrato al que ha permanecido extraña; el consentimiento, en nuestro concepto, no retrotrae y la solemnidad mucho menos. Debe, pues, invertirse lo que dice la Corte de Casación; dice que la obligación y la hipoteca no nacen de la ratificación sino del acta ratificada. Se debe decir lo contrario: que la obligación y la hipoteca no pueden nacer sino cuando el deudor consintió en la forma solemne. La Corte concluye que la obligación y la hipoteca inscriptas están validadas por la ratificación desde el día de su fecha. (1) Concluimos que la ratificación de la obligación no retrotrae, y en todo caso la hipoteca ratificada sólo existe desde la ratificación; por consiguiente, la inscripción tomada del acta ratificada es inoperante, es necesario una nueva inscripción en virtud del acta de ratificación.

30. Un prestanombre que figura en su nombre personal en el acta constitutiva de hipoteca ¿puede tomar inscripción en su nombre personal en el sentido de que la inscripción

1 Denegada, 2 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 419). En sentido contrario, Aubry Rau, t. III, p. 324, y nota 9, pfo. 271.

aproveche al verdadero propietario del crédito? La afirmativa fué sentenciada por la Corte de Casación y no nos parece dudosa. (1) En efecto, el prestanombre es un mandatario en lo que se refiere á sus relaciones con la persona por cuya cuenta obra, y para con los terceros es acreedor; la inscripción que ha tomado es, pues, válida para con éstos, y tiene que aprovechar al mandante cuando el prestanombre declare, como en el caso, que sólo obró como mandatario: ¿qué importa á los terceros que sea el prestanombre ó su mandante quien ejerza el derecho hipotecario?

Se objeta que la inscripción tomada por un prestanombre cuando el mandante es desconocido podría ser nula como tomada en nombre de una persona incapaz, y que validándola se arriesga validar una acta nula. Esto no es serio. La Corte de Lieja contesta muy bien que los terceros que invocan la nulidad de la inscripción están admitidos á probar que el mandante es incapaz; pero la ley no presume la incapacidad por sólo que hay un prestanombre. Este es, hasta prueba contrario, el verdadero propietario del crédito; luego la inscripción que tomó es válida. (2)

§ VI.—CÓMO SE TOMA LA INSCRIPCIÓN.

31. El art. 83 (Código Civil, art. 2148) dice: «Para oponer la inscripción el acreedor presenta por sí ó por un tercero al conservador de las hipotecas la *copia auténtica* del acta que da nacimiento al privilegio ó á la hipoteca.» El Código Civil agregaba: *el original en nota*. Esta expresión sólo se emplea para las actas auténticas que, por excepción, los notarios están autorizados á recibir en nota en lugar de recibirlas en minuta. Se podía concluir de esto, y así se ha concluido, que la hipoteca convencional no tiene que ser

1 Denegada, 6 de Julio de 1842, por informe de Mesnard y por las conclusiones conformes de Delangle (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1488).

2 Lieja, 13 de Junio de 1857 (Pasicrisia, 1857, 2, 254).

recibida con minuta. Los autores de la ley belga han creído, con razón, que la hipoteca, una de las actas más importantes de la vida civil, no podía ser asimilada á las actas simples que los notarios reciben en nota; por este motivo han quedado las palabras: *original en notas*. (1)

En cuanto á las actas cuya copia auténtica debe ser prescripta al notario trasladamos á lo que fué dicho en los núms. 26 y 27.

32. Si el requirente no presenta la copia auténtica del acta constitutiva del privilegio ó de la hipoteca el conservador tiene derecho de negarse á la inscripción, y las instrucciones ministeriales le hacen un deber de proceder así. Las inscripciones hipotecarias perjudican el crédito de aquel en que se toman; importa, pues, que se hagan por prueba auténtica de la existencia del derecho hipotecario. La ley hubiera debido, por consiguiente, exigir que el acta que da nacimiento al privilegio y á la hipoteca sea auténtica; tal es, en verdad, la regla, pero hay excepciones que hemos mencionado ya (núms. 26 y 27).

La inscripción que tomara el conservador sin que se le presentara la copia auténtica requerida por el art. 83 (Código Civil, art. 2148) ¿sería nula? Conforme á la ley la cuestión ni siquiera puede presentarse, puesto que las inscripciones sólo son nulas en el caso de inobservancia de una formalidad que cause un perjuicio á los terceros. Y la presentación de la copia auténtica del acta no está exigida en interés de los terceros, no es una formalidad de la inscripción, es una medida prescripta en interés del conservador para impedir que inscriba una hipoteca que no existe. Si la hipoteca existe no puede tratarse de pedir la nulidad de la inscripción por razón de que el conservador lo inscribió sin tener la prueba de su existencia. En el sistema de nues-

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 388). D'Anethán, informe (Parent, p. 420). Compárese Martou, t. III, p. 152, núm. 1057.