

ta para que se forme el contrato; si el acreedor no está presente en el acto por el que el deudor constituye la hipoteca tiene que aceptar, y sólo con esta aceptación es como se perfecciona el contrato y que la hipoteca existe.

Esto es el texto. ¿Qué dicen los principios? La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, una enajenación parcial. Para que la propiedad esté desmembrada es necesario que haya un acreedor en favor del que el deudor consienta en enajenar parte de su derecho de propiedad, y es necesario que el acreedor acepte esta transmisión parcial de la propiedad. ¿Se concibe que la propiedad entera esté transferida sin el concurso de consentimientos de aquel que transmite la cosa y del que la adquiere? No se concibe tampoco que una fracción de propiedad esté transferida sin que el acreedor la adquiera; ¿y puede adquirirla sin el consentimiento suyo? Si no ha consentido ó aceptado sólo hay una oferta, una policitación; el deudor que la hizo podría retirarla, puesto que sin aceptación no hay ningún lazo entre él y el acreedor. ¿No es esta la situación de las partes cuando el deudor constituye una hipoteca? El acreedor no trata más que bajo esta condición; el deudor se obliga á procurar esta seguridad al acreedor; éste debe aceptarla, y al aceptar liga al deudor; éste no puede hacer nada que perjudique el derecho que el acreedor adquirió; si por su hecho disminuye las seguridades que *por contrato* dió á su acreedor pierde el beneficio del plazo. Esto es lo que dice el art. 1188; esta disposición prueba á la vez que la hipoteca es una seguridad contractual y que el contrato engendra una obligación á cargo del deudor y un derecho en favor del acreedor: ¿cómo había de hacerse sin concurso de voluntades?

¶ Tales son los principios. Escuchemos ahora la tradición. En el derecho antiguo la hipoteca estaba ligada á todo contrato pasado en forma auténtica ante notario; la hipoteca

se confundía con la convención principal, y resulta que es esencialmente convencional; sin concurso de consentimientos no hay convención principal; por tanto, no hay hipoteca. En la teoría tradicional la cuestión que discutimos ni siquiera hubiera podido presentarse. Sólo algunas costumbres consideraban la hipoteca como un contrato distinto: eran las costumbres del empeño. Y nuestra Ley Hipotecaria procede de estas costumbres; importa, pues, recordar cómo se consideraba la hipoteca en nuestro derecho antiguo. Ya lo hemos dicho: se seguían para la hipoteca convencional las condiciones y formas que la tradición había consagrado para la transmisión de la propiedad inmobiliar; es decir, que el deudor se desposeía del derecho que entregaba al acreedor; de ahí las formalidades de la *desposesión* y de la *posesión*. (1) Esta es la expresión exacta de los principios que acabamos de exponer. El deudor que constituye una hipoteca enajena una parte de su derecho de propiedad; se *desposee*, pues. ¿Basta esto para que la hipoteca exista en favor del acreedor? Nó, así como la *desposesión* del vendedor no basta para que la propiedad esté transmitida al comprador. Es necesario, además, que el acreedor *entre en posesión* del derecho de que se despoja el deudor en su favor, como es necesaria la posesión para que el comprador adquiera la propiedad de que se desprende el vendedor en su provecho. Así, consentimiento del deudor y consentimiento del acreedor, tales son las condiciones exigidas por las costumbres del empeño para que haya hipoteca convencional. Sin embargo, ya en el derecho antiguo los prácticos habían imaginado una constitución de hipoteca que se hacía por sólo la voluntad del deudor; mejor dicho, sin el concurso de voluntades. El Presidente Favre,

¹ Merlin, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. I (t. XIII, página 411).

aquel rudo adversario de los prácticos, decía que era monstruoso, es decir, soberanamente absurdo, decir que una hipoteca convencional puede existir sin convención. (1)

¿Acaso han consagrado semejantes enormidades los autores del Código Civil? El texto del art. 2117? (Ley Hipotecaria, art. 44) parece concebido á propósito para repudiar el error que el Presidente Favre había atacado; ¿si, como la ley lo dice, la hipoteca convencional *depende de las convenciones* cómo existiría sin convención? Oigamos al Orador del Gobierno. Hé aquí como explica la definición del artículo 2117 en la Exposición de los Motivos: "*Dos personas que tratan se dan respectivamente en una acta auténtica seguridades para la garantía de sus convenciones; esta es la hipoteca convencional.*" (2) *Se dan respectivamente*: esto bien quiere decir que el acreedor estipula la garantía y que el deudor la promete. Luego la hipoteca no existe más que por el concurso de *dos partes que tratan*. Bajo el imperio del Código había controversia, como lo vamos á decir, acerca del punto de saber si la hipoteca era válida cuando el deudor comparecía solo ante el notario para declarar que había recibido tal suma á título de préstamo y que daba tal bien en hipoteca como garantía de su obligación. La comisión especial que preparó el proyecto de ley examina la cuestión en su informe y decide que la hipoteca así establecida sería nula. En efecto, dice, la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta no puede tener existencia sino á consecuencia de la aceptación, comprobada auténticamente, del acreedor. La comisión agrega que la ley sólo reconoce las hipotecas legales, testamentarias y convencionales; no reconoce una cuarta clase de hipoteca voluntaria por parte del deudor solo. (3) Esto es muy justo; una hipoteca con-

1 Faber, *De erroribus pragmaticorum*, década I, error 1.

2 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VIII, p. 241).

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

stituida por el deudor solo no puede ser calificada de convencional sin monstruosidad, como dijo el Presidente Favre; sería, pues, otra hipoteca que la hipoteca convencional; ¿y dónde está el texto que consagra esta cuarta hipoteca? ¿Habría, pues, una hipoteca que la ley no conoce! Esto puede, con justo título, llamarse una monstruosidad.

425. Sin embargo, el error que el Presidente Favre trataba de monstruoso se ha perpetuado; se enseña y se sentencia en este sentido. Uno de los comentadores de nuestra Ley Hipotecaria declara que no le puede mucho el argumento de la comisión especial que acabamos de relatar. De que la ley sólo reconoce tres clases de hipotecas no se puede concluir, dice, que la que resulta de la voluntad unilateral del deudor no sea una hipoteca convencional, puesto que el acta de constitución de una hipoteca puede ser una acta unilateral y no requiere el *duorum in unum placitum consensus*. ¿Quiere decir que la hipoteca constituida por el deudor sólo es una convención unilateral y no exige, por consiguiente, el concurso de voluntades del deudor y del acreedor? Si tal es el pensamiento del autor se equivoca seguramente, pues el concurso de voluntades es necesario para todo contrato. Así es en la donación, que es un contrato unilateral; lo que no impide que sólo exista por la aceptación del donatario; lo que, además, tiene que ser notificado al donante. El autor que combatimos agrega que la ley belga reconoce la hipoteca testamentaria, lo cual resulta de la sola voluntad del testador; pudo, pues, dice, admitir también una hipoteca establecida en la sola voluntad del deudor; la hipoteca es convencional en el sentido de que la voluntad del deudor es necesaria para constituir la por oposición á la hipoteca legal que existe sin la voluntad del deudor. (1) Esta comparación nos parece poco concluyente. Desde luego no es exacto decir que la hipoteca tes-

1 Cloes, Comentario, t. III, p. 45, núms. 70 y 71.

tamentaria sólo exige la voluntad del testador, pues el legatario tiene que aceptar el legado. Además, no se puede comparar una hipoteca que no exige la intervención de las partes interesadas con una hipoteca que sólo existe porque una de las partes la estipula y la otra la consiente. Después de esto el mismo autor relata la opinión de Dalloz y de Martou que se conforman con una aceptación tácita y dice que el es de la opinión de éstos. No sabemos cómo conciliar estas diversas opiniones; si es necesario una aceptación tácita no es exacto decir que la hipoteca resulta de la sola voluntad del deudor, pues una aceptación tácita es también una manifestación de consentimiento, y si el acreedor consiente hay concurso de voluntades, luego contrato, y no acta unilateral.

Martou comienza por decir que «la concesión de una hipoteca es por parte del deudor una *obligación unilateral* cuya validez no está subordinada á la presencia del acreedor en el acta ni á una *aceptación* ulterior de parte de éste.» Confesamos no comprender lo que es una *obligación unilateral*; toda obligación es esencialmente un lazo de derecho entre el deudor obligado y el acreedor en favor del que existe la obligación: ¿cómo, pues, pudiera haber una obligación por parte del deudor solo? Martou agrega que el acreedor manifiesta suficientemente su aceptación por la inscripción de la hipoteca. (1) ¿Qué quiere decir esto? ¿Es la aceptación necesaria para que exista la hipoteca ó no? Si es necesaria la hipoteca es un contrato que exige el concurso de voluntades; sin embargo, Martou combate la idea de que para la constitución de hipoteca el concurso de ambas voluntades sea indispensable. Si no es necesaria la hipoteca se perfecciona sin concurso de voluntades, sin convención; este es el *monstruo* que el Presidente Favre señaló como un error de los prácticos.

1 Martou, Comentario t. III, p. 87, núm. 982 ter.

426. Hay sentencias que consagran esta monstruosidad. La Corte de Lyon ha pronunciado una decisión que quisiéramos borrar de la jurisprudencia, pues la desacredita. Comienza por decir que, según la ley, una *aceptación terminante* no es indispensable para la validez de la hipoteca. De este hecho la Corte pone un nuevo principio; á saber: que en un *contrato unilateral* una aceptación de aquel para con quien se obliga uno no es útil, puesto que éste á nada se obliga. ¿Qué hubiera dicho el Presidente Favre si hubiera encontrado semejante desatino en una sentencia de un parlamento? ¿Cómo hay contratos sin concurso de consentimientos cuando el contrato, cualquiera que sea él, no es sino el concurso de voluntades? La sentencia contiene después una proposición ininteligible: «En materia de hipotecas la posición de los contratantes no cambia.» Luego la Corte agrega: «Al contrario no podría ser así en el caso en que el contrato sería sinalamágico, porque en esta segunda naturaleza de contratos el concurso de dos voluntades es necesario para formarlo y hacerlo perfecto.» Esta última proposición es la única que entendemos; completa el error en el que da la Corte acerca de un punto puro y simplemente elemental: la definición del contrato; la Corte tomó sin duda á la letra lo que dice el art. 1108, según el cual se podría creer que el consentimiento no está requerido más que por parte de aquel que se obliga; ¿pero quién ignora que esta disposición está mal redactada? En fin, la Corte dice que «las condiciones requeridas para la validez de un gravamen hipotecario convencional están determinadas por el art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) y que entre estas condiciones no se encuentra la de la aceptación.» (1) Basta leer el art. 2129 para convencerse de que la Corte se equivoca; este artículo no determina las condiciones requeridas para la validez de la hi-

1 Lyon, 9 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra Privilegios ó Hipotecas, núm. 1260, l. °)

poteca convencional, sólo es relativo á una de estas condiciones: la especificación de los bienes; hay otro artículo relativo á la especificación del crédito (art. 2132; Ley Hipotecaria, art. 88); hay una tercera regla para la forma de la hipoteca convencional (art. 2127; Ley Hipotecaria, art. 76); hay un cuarto artículo que la Corte olvida enteramente: es el que define la hipoteca convencional (art. 2117; Ley Hipotecaria, art. 44).

La Corte de Casación ha pronunciado en esta materia una sentencia que se ha interpretado mal; ¿será que la sentencia esta mal redactada? El recurso sostenía, como acabamos de hacerlo, que en todo contrato, aun unilateral, dos voluntades son necesarias para constituir la obligación: la del deudor y la del acreedor. ¿Qué contesta la Corte? «El reconocimiento puro y simple de una deuda con *gravamen hipotecario* puede constituir un *compromiso unilateral* y estar regularmente hecho por sólo el deudor.» Esta proposición aislada es el resumen de todos los errores que acabamos de reprochar á la Corte de Lyon. No es verdad que un *compromiso unilateral*, es decir, una convención unilateral, pueda resultar de la sola voluntad del deudor. No es verdad que el *gravamen hipotecario*, es decir, la hipoteca convencional, pueda nunca ser válida por sólo la voluntad del que la consiente. En realidad, como lo observa el sentencista, esto no es lo que la Corte quiso decir. El debate no versaba sobre la aceptación, versaba en el punto de saber si era preciso una aceptación auténtica; volveremos á esta cuestión que es la única que haya decidido la Corte. (1) Lo mismo pasa con una sentencia de la Corte de Chambery, también muy mal redactada. La Corte comienza por decir que «la estipulación de una hipoteca es una *acta unilateral* por la que la intervención del que concede es únicamente necesaria. Este es

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

el error; síguese después la explicación de que la aceptación puede resultar aun tácitamente de actas posteriores. (1) Desde que es necesario una aceptación del acreedor es inexacto decir que la intervención del deudor basta; examinaremos más adelante si es verdad que basta la aceptación tácita.

427. No conocemos en la jurisprudencia francesa más que una sola sentencia que haya establecido claramente el verdadero principio, el cual es de tanta evidencia que sorprende que haya sido desconocido. «No puede existir contrato sin convención, dice la Corte de Tolosa, y no puede haber convención sin concurso de consentimientos de las partes interesadas.» Y en el acta litigiosa el deudor declaraba que confería hipoteca al acreedor sin que éste hubiese aceptado dicha acta; nadie respondía por su aceptación; el notario había aceptado por el acreedor y esta aceptación, como lo diremos más adelante, es inoperante. (2)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica tiene también sus dudas y sus contradicciones, que vamos á señalar; importa hacerlo porque la autoridad de las sentencias es mucho más grande que la de los autores. Se discute la doctrina y se somete uno á la jurisprudencia; esta es una autoridad usurpada que la ignorancia estableció y que la ignorancia perpetúa, pues es mucho más cómodo citar sentencias que dar razones; sin embargo, las sentencias no tienen más autoridad que la de la razón; lo que valen los motivos es lo que vale la sentencia. Puesto que se invocan las sentencias como si fueran leyes conviene completar esta autoridad, que amenaza tomar el lugar de la ley. Es este trabajo largo y penoso el que aumenta tan exageradamente el número de volúmenes que pensábamos consagrar á los *Principios de*

1 Chambery, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

2 Tolosa, 31 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1261).

Derecho Civil. No obstante, no lo sentimos, pues el estudio de la jurisprudencia se ha hecho necesario tanto como el de las leyes.

Nuestra Corte de Casación ha consagrado los verdaderos principios en excelentes términos: «En todo contrato de hipoteca, dice la sentencia, la liga de derecho no puede formarse más que por el concurso de dos voluntades, la del que grava el inmueble para el pago de una obligación y la del que acepta este gravamen y adquiere el derecho hipotecario; de donde se sigue que el contrato permanece imperfecto hasta que la voluntad del acreedor no está manifiesta.» (1)

La jurisprudencia de nuestras cortes de apelación está lejos de tener esta precisión: volveremos á ello al examinar las dificultades que se han presentado en la aplicación de la ley. Ante todo hay que establecer el segundo elemento de nuestro principio. Que la hipoteca convencional exista en virtud de una convención solamente parece difícil negarlo. Hemos agregado que esta convención es un contrato solemne. Este segundo punto no tiene la misma evidencia; vamos á tratar de establecerlo.

428. La distinción de los contratos solemnes y no solemnes, aunque no está formulada por la ley, está admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, las dificultades y las controversias no faltan cuando se trata de deducir las consecuencias del principio. La donación es un contrato solemne, lo que equivale á decir que la forma auténtica se requiere para la existencia misma del contrato; la donación nula en la forma no tiene existencia legal, es la nada. ¿Sucede lo mismo con el contrato de matrimonio? Aquí empieza la incertidumbre; en nuestra opinión las convenciones matrimoniales forman también un contrato solemne; nos trasladamos á lo dicho en el título sitio de la

1 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasicrisia, 1863, 1, 212).

materia (t. XXI, núm. 44). En cuanto á la hipoteca convencional cesa la concordancia, los autores no discuten la cuestión, pero como no admiten las consecuencias que se desprenden de la solemnidad se puede decir que desechan el principio; la jurisprudencia está dividida á tal punto que deja incierta la cuestión de saber si la hipoteca convencional procede de un contrato.

Creemos que la hipoteca convencional es un contrato solemne por la razón por la que se atribuye este carácter á la donación y al contrato de matrimonio. Los textos están concebidos poco más ó menos en los mismos términos: en todo caso con el mismo espíritu. Según el art. 931 «todas las actas que contengan donación entre vivos serán pasadas ante notario.» El art. 1394 dice que las convenciones matrimoniales se harán ante notario. En cuanto á las hipotecas la ley contiene dos disposiciones: desde luego el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) define la hipoteca convencional: es la que depende de las *convenciones* y de la *forma exterior* de las actas y de los contratos. Este texto nos parece decisivo. La ley no se conforma con decir que la hipoteca depende de las convenciones, lo que quiere decir que sin convención no hay hipoteca; agrega que la hipoteca convencional *depende* aun de la *forma exterior de los actos y de los contratos*; lo que debe tener la misma significación; es decir, que sin sus formas exteriores no hay hipoteca; de aquí la consecuencia de que las formas son de la substancia del contrato. Después de esto el art. 76 (Código Civil, art. 2127) dispone que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por *acta auténtica*. Por esto el *consentimiento* se debe manifestar en la *forma auténtica*; y tal es precisamente el carácter de los contratos solemnes: que el consentimiento no existe más que cuando se ha dado bajo ciertas formas; si éstas no se han observado no hay consentimiento y sin él no hay contrato.