

El espíritu de la ley conduce á igual consecuencia. ¿En qué sentido la ley exige una acta auténtica para la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca? Es para la prueba de esos contratos? Nó, en este punto todo el mundo está de acuerdo; aunque fuera seguro que hubo donación, contrato de matrimonio é hipoteca, esos contratos serían, sin embargo, inexistentes si no estuvieran comprobados por acta auténtica. El acta notariada no está requerida para la prueba; está, pues, prescripta para la existencia del contrato; es decir, que el contrato es solemne.

429. Lo que podría hacer titubear es que no se está de acuerdo en los motivos por los que la ley exige la autenticidad del contrato de hipoteca. «Para nuestro uso, dice Domat, las convenciones no dan hipoteca, aunque estuviera expresado, si no pasan ante notario. Porque sin esta forma sería fácil á los deudores que quisieran defraudar á sus acreedores dar á los fondos de antiguas hipotecas por antedatas.» (1) Este motivo era insuficiente en el antiguo derecho, porque para impedir la antedata habría bastado con exigir el registro. En nuestro derecho moderno la explicación de Domat es aún menos admisible porque supone hipotecas ocultas cuyos lugares dependen de la fecha del contrato, y nuestras hipotecas son públicas, su lugar depende de la inscripción, no puede tratarse de antedata.

Se da otra explicación que llega más al fondo de las cosas. ¿Por qué no se admite en materia de hipotecas convencionales que las actas tengan fecha cierta como se admite en materia de empeño? La creación de control ó del registro es posterior al establecimiento de las hipotecas convencionales. Estas se constituyen desde luego en las formas judiciales de igual modo que la propiedad se transmite por obra de la ley. La constitución de una hipoteca era, pues, una especie de sentencia; en este orden de ideas es

1 Domat, Leyes civiles, lib. III, tít. I sec. II, art. 33.

evidente que ninguna prueba podía reemplazar la intervención del juez; la obra de la ley no era una cuestión de prueba, eran formas solemnes prescriptas en interés de los terceros, luego en interés público; y dichas formas siempre son de la substancia del acta. Cayeron en desuso las obras de ley en la mayor parte de Francia, reemplazándolas la intervención de los notarios; éstos estaban considerados como oficiales de justicia. Sus actas reemplazaban á las sentencias del juez; mejor dicho, á las obras de la ley que se pasaban ante el juez. De aquí la consecuencia que el acta auténtica era de la substancia del acta. (1) Esta explicación histórica puede admitirse aun hoy como una justificación del principio consagrado por el Código y por nuestra Ley Hipotecaria. Las hipotecas tienden al orden público, puesto que el objeto del régimen hipotecario es el de garantizar el interés de los terceros, el que se confunde con el interés general, y procurar al propietario el crédito que su fortuna inmobiliar debe asegurarle. El art. 42 (Código Civil, artículo 2115) consagra una consecuencia de este principio y á la vez decide nuestra cuestión. «La hipoteca sólo tiene lugar en las cosas y formas autorizadas por la ley.» Así las formas son de la substancia de la hipoteca convencional; no hay hipoteca convencional sin las solemnidades prescriptas por la ley, lo mismo que no hay contrato de matrimonio ni donación sin formas legales.

Hay además otras razones que justifican la intervención del notario en la redacción de los contratos de hipoteca. La hipoteca convencional y las convenciones matrimoniales son las más importantes y á la vez las más difíciles de las actas. ¿Cuántas de las partes contratantes saben lo que es la especialidad de la hipoteca? Sin embargo, si la hipoteca no se ha especificado por el contrato es nula. ¿Cuántas

1 Compárese Merlin, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. 5, número 2 [t. XIII, p. 419].



hipotecas estarían anuladas si la ley hubiese admitido actas privadas para establecerlas! La fortuna de los ciudadanos depende de las convenciones hipotecarias; era, pues, necesario hacer que intervinieran los abogados en la redacción de las actas que establecen la hipoteca á fin de ilustrar á las partes contratantes y para asegurar la validez de sus convenciones.

430. Creemos inútil relatar los motivos diversos que dan los autores para explicar el principio de autenticidad; (1) se debería discutirlos y rectificarlos, lo cual conduciría á lo que acabamos de decir. Basta con hacer conocer las razones que comprometieron á los autores de la ley belga á consagrar el principio de la solemnidad de la hipoteca. Se lee en el informe de la comisión especial: «Las colocaciones é hipotecas deben dar seguridad completa y en ningún caso su suerte debe depender de la simple denegación de una firma. Este fin sólo se conseguiría á medias si se pudiera consentir la hipoteca por actas privadas.» El interés público y las necesidades del crédito exigen la autenticidad para la constitución de una hipoteca convencional como para la transmisión de la propiedad inmobiliar. Sólo que la diferencia es muy grande en cuanto á las consecuencias. La hipoteca no tiene efecto más que con relación á los terceros; declarar que debe estar comprobada por acta auténtica en interés de los terceros que tratan con el propietario es decir que su existencia depende de la autenticidad, mientras que la venta existe entre las partes independientemente de todo escrito; hé aquí por qué la venta no es un contrato solemne apesar de la necesidad de una acta auténtica para operar la transcripción, mientras que la hipoteca es un contrato solemne porque la solemnidad interesa á todos los

1 Martou, t. III, p. 85, núm. 981. Pont, t. II, p. 90, núm. 655. Mourlón; Repeticiones, t. III, p. 606, núm. 148.

que la estipulan, la prometen ó están interesados en conocerla. (1)

El informe de M. Lelièvre resume lo que acabamos de decir y apoya nuestra doctrina: «La nueva ley no podía titubear en exigir una acta pública y solemne. La existencia de la hipoteca debe ser cierta. No se debe dejar á la ventura de una confronta de escrituras. Por otra parte, el crédito inmobiliario no permite establecer un orden de cosas cuyo resultado inevitable sería poner en la incertidumbre la situación hipotecaria.» (2)

Los informes de las dos comisiones se refieren especialmente á la disposición que exige la autenticidad para los poderes dados á efecto de constituir hipoteca. Es una nueva confirmación de la opinión que acabamos de defender. En regla general el poder puede darse por acta privada y hasta por carta (art. 1985). Es sólo por excepción y en las actas solemnes como la ley exige que el poder sea auténtico: tal es la dación (art. 932). El art. 76 pone bajo este punto de vista la hipoteca convencional en la misma línea que la dación; decide implícitamente que la hipoteca es un contrato solemne.

§ II.—SOLEMNIDAD.

431. El art. 76 dice que la hipoteca convencional sólo se puede consentir por acta auténtica. Esta es la reproducción del art. 2127 del Código Civil. Hay, sin embargo, una diferencia entre las dos disposiciones: el art. 2127 agrega que el acta se debe pasar en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos; es decir, que el acta auténtica debe ser una acta notariada; ¿Por qué esta última parte del art. 2127, que se halla en el proyecto, ha sido quitada? No

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

2 Lelièvre, informe (Parent, p. 142).



es para cambiar el principio del Código Napoleón el admitir otras actas auténticas que no sean las notariadas, es para poner al art. 76 en armonía con el art. 2 de la Ley Hipotecaria. No sólo se admite á la transcripción las actas auténticas, es decir, notariadas, sino también á las actas reconocidas judicialmente ó ante un notario; debería ser lo mismo con las actas que contuvieran estipulación de hipoteca. Es, pues, un simple cambio de redacción. (1) El principio fué mantenido: una acta notariada es necesaria para la validez de la hipoteca convencional; en nuestra opinión se debía decir: el acta notariada está requerida para la existencia de la hipoteca (núms. 428-430). Pero se debe agregar que la ley asimila á las actas notariadas las privadas reconocidas judicialmente ó ante un notario. Nos trasladamos en cuanto á la explicación del art. 76 ó lo dicho en el art. 2.

432. ¿Debe recibirse en minuta el acta notariada ó se puede recibir en nota? Conforme al Código Civil la cuestión está controvertida y la solución es dudosa; creemos que el motivo para dudar ha desaparecido bajo la nueva ley y que se debe decidir que el acta de hipoteca debe recibirse en minuta. La ley de Ventoso sobre el notariado sienta como regla que todas las actas notariadas deben pasarse en minuta, bajo pena de nulidad; el art. 20 agrega esta excepción: «No están, sin embargo, comprendidas en esta disposición los seguros de vida, poderes y otros *actos simples* que con arreglo á *las leyes pueden* ser entregados en nota. Ciertamente que, en principio, la hipoteca no es una de esas actas simples que son excepción de la regla, son actas solemnes y unas de las más importantes de la vida civil. Queda por saber si hay una ley que permite recibirla en nota. El Código Civil contenía una disposición de donde se concluyó que el acta de hipoteca se podía entregar en di-

1 Martou, Comentario, t. III, p. 86, núm. 981.

cha forma; en los términos del art. 2148 el acreedor que requiere la inscripción debe presentar al conservador el *original* en nota ó una copia auténtica de la sentencia ó del acta que da nacimiento al privilegio y á la hipoteca. Las palabras *original en nota* no pueden referirse más que á las actas notariadas, porque las sentencias se reciben siempre en minuta. De aquí la consecuencia forzada de que las actas de hipoteca se puedan recibir en nota. (1) Resultaba una extraña anomalía: la de que una de las actas más importantes estaba asimilada á una acta simple, mientras que las demás actas solemnes se debían recibir en minuta; la ley lo exige terminantemente para la dación (art. 931) y la doctrina la exigía para el contrato de matrimonio. Esta anomalía desaparecía en nuestra Ley Hipotecaria; no reproducía las palabras *original en nota*, y no hay ley que permita recibir el acta de hipoteca en nota, lo que es decisivo.

433. Merlin y Grenier levantaron otra dificultad: enseñan que el acta notariada no produce hipoteca sino desde el día del registro. Esta opinión no encontró eco (2) y se sorprende uno de que Merlin la haya sostenido. La fundaba en la ley de 5 de Diciembre de 1790 relativa á la organización del registro, en la que el art. 9 está concebido así: «Por falta de registro en los plazos fijados una acta pasada ante notario no podrá valer más que como acta privada. Habiendo recibido el acta la formalidad omitida adquirirá la fijación de la fecha y la hipoteca á contar del día del registro.» Pero esta disposición ha sido abrogada por la ley de 22 Frimario, año VII, que dice (art. 73): «Todas las leyes promulgadas acerca de los derechos de registro y todas las disposiciones de otras leyes relativas quedan

1 Aubry y Rau, t. III, p. 273, nota 46, pfo. 246, y en sentido diverso las autoridades que citan. Debe agregarse Alger, 7 de Mayo de 1870 (Daloz, 1871, 2, 2).

2 Véase Troplong, t. II, núm. 507, que discute muy bien la cuestión.

abrogadas." Merlín hace una objeción poco digna de él: el art. 73, dice, no abrogó más que las leyes relativas á los *derechos de registro*, es decir, á las disposiciones fiscales, no abrogó las disposiciones relativas á la formalidad y sus efectos jurídicos. La Corte de Grenoble no hace mal en decir que esta objeción es una sutileza desprovista de todo fundamento racional. Si una fórmula de abrogación es absoluta es, seguramente, la de la ley de Primario; fuera de desear que todas las leyes estuvieran redactadas con el mismo cuidado, lo que permitiría abrogar toda la legislación anterior, como lo hizo el legislador del año VII. Creemos que es inútil insistir.

434. Muchas veces se llevó ante las cortes de Bélgica una cuestión que tampoco merecía los honores de una controversia. Hay aún muchas rentas viejas en nuestras provincias, lo que necesita nuevos títulos; si dichos títulos son actas notariadas y si contienen las designaciones requeridas por la ley pueden seguramente servir de base á la inscripción hipotecaria; se entiende que si el acreedor no tomó inscripción en virtud del título primitivo sólo tendrá lugar á partir de la inscripción del nuevo título. La jurisprudencia está unánime en este sentido. (1)

435. Las rentas antiguas también han dado lugar á otra dificultad. Una ley de 28 Floreal, año III, permite al Estado suplir por la declaración de los deudos los títulos originales de créditos procedentes de establecimientos eclesiásticos. Estos establecimientos conservan en general sus títulos con gran cuidado, pero cuando fueron suprimidos los sustrajeron al Estado por uno de estos piadosos fraudes que dan el Cielo violando la ley. Cuando los deudos tienen más conciencia que sus acreedores y que confiesan sus deudas

1 Lieja, 21 de Julio de 1818 (Pasicrisia, 1818, p. 159). Bruselas, 28 de Enero de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 275). Lieja, 21 de Julio de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 441; esta es la reproducción de la sentencia de 21 de Julio de 1818). Lieja, 22 de Junio de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 209).

todo está bien, pero se pregunta si el Estado ó los cesionarios pueden tomar inscripción de las hipotecas que están ligadas á ellos. La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación de Bélgica y decidió afirmativamente. Al permitir al Estado suplir el título original con la declaración del deudor la ley de Floreal autoriza por esto mismo al acreedor á valerse del reconocimiento para todos los fines, como hubiera hecho con el título primordial; por consiguiente, también para la conservación de las seguridades hipotecarias. (1)

436. La legislación anterior al Código Civil permitía constituir hipoteca para actas administrativas. ¿Estas leyes fueron abrogadas por el artículo 2127 del Código Napoleón? Si se atuviera uno al principio de que las leyes generales no derogan las especiales habría que decidir que estas leyes administrativas están siempre en vigor. En nuestro concepto se abusa de este principio, ninguna ley lo consagra; no debe, pues, admitírsele más que si la intención del legislador ha sido mantener las leyes especiales anteriores, pues toda abrogación tácita es una cuestión de voluntad, y admitir como regla absoluta que las leyes especiales prevalecen siempre á las generales sería amenudo chocar con la voluntad del legislador. Ya lo hemos observado al examinar la cuestión de saber si la Ley Hipotecaria abroga las disposiciones del Código Civil relativas á la transcripción; en nuestra opinión la nueva ley, organizando un sistema completo de publicidad, arrastra por esto mismo la abrogación de la publicidad especial é imperfecta establecida por las leyes anteriores. El mismo principio debe recibir su aplicación á las leyes administrativas que permitían constituir una hipoteca por un acto de administración; están en oposición con el art. 2126, según el cual la hipoteca convencio-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1836 [Pasicrisia, 1836, I, 238].