

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].

nal no puede ser consentida más que por acta pasada en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos. Esto es un sistema nuevo y absoluto que toma el lugar de la legislación antigua. Aun hay más: la abrogación de las antiguas leyes resultaba ya de la ley de 11 Brumario, año VII, que abroga de un modo general y absoluto *"todas las leyes, costumbres y usos anteriores acerca de las constituciones de hipotecas"* (art. 56) sin distinguir si estas leyes eran generales ó especiales. El legislador francés gusta de la unidad; y ¿qué sucedería de la unidad del derecho si todas las leyes particulares permanecieran en vigor después del establecimiento de una ley general? Nosotros consideramos, pues, como abrogada la ley de 23 de Octubre de 1790, que dice (art. 14, del título III): "El ministerio de los notarios no será de ningún modo necesario para pasar actos de arrendamientos (administrativos), ni para cualquiera acta de administración. Estas actas, así como los arrendamientos, están sujetas á la comprobación é implicarán hipoteca y ejecución." Consideramos igualmente como abrogada una disposición análoga que se encuentra en la ley de 4 de Marzo de 1773, cuyo art. 3 dice así: "Aunque los tratos estén consignados en actas privadas la nación tendrá, no obstante, hipoteca en los inmuebles pertenecientes á los abastecedores y á sus caucionantes, á contar del día en que los ministros hayan aceptado los tratos." Estas leyes procedían de un orden de cosas que fué abolido por la ley de Brumario y por el Código Napoleón. La hipoteca convencional existía de derecho pleno en toda acta auténtica, en todos los bienes presentes y futuros del deudor; esto era un privilegio ligado á la autenticidad; en este orden de ideas se comprende que se haya extendido este principio á actas recibidas por funcionarios administrativos. Las nuevas leyes han establecido principios enteramente diferentes, sólo hay hipoteca convencional en virtud de una conven-

ción y el legislador quiere por motivo de orden público que un legista redacte estas convenciones. Esto nos parece decisivo bajo el punto de vista del espíritu de la ley; y á falta de texto las cuestiones de abrogación se deciden por el espíritu de la ley; es decir, por la intención del legislador. (1) Se podría creer que la cuestión que discutimos esta zanjada por el art. 7 de la ley de 30 Ventoso, año XII, que abrogó el derecho antiguo *en las materias de que son objeto el Código Civil*. En efecto, la abrogación no sería dudosa si la ley del año XII fuera aplicable á la legislación intermedia, pero las leyes de la Revolución no están comprendidas en la disposición del art. 7 (t. I, núm. 27); quedan bajo el imperio de los principios generales que rigen la obligación tácita.

437. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida sino por acta auténtica. Si está constituida por acta privada es nula á no ser que el acta haya sido reconocida en justicia ó ante notario. La ley, es verdad, no pronuncia la nulidad; pero siendo la forma de substancia del acta no era necesario agregar la sanción de nulidad. En nuestra opinión hay que ir más allá; la ley no podía declarar nula una acta que no tiene existencia legal; esto implica contradicción: la hipoteca consentida por acta privada es más que nula, es inexistente.

Lo mismo pasaría con la hipoteca consentida por una acta auténtica nula como tal, pues una acta solemne nula en la forma no tiene existencia para la ley (art. 1339). No se puede aplicar el art. 1318, según el cual el acta auténtica nula por defecto de forma vale como escritura privada si fué formada por las partes, pues el acta de hipoteca no puede valer como escritura privada. La hipoteca, será, pues,

1 Compárese, en este sentido, Pont, t. II, p. 96, núm. 663. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 55, pfo. 266.

inexistente. Fué sentenciado que la hipoteca es nula cuando el acta notariada es nula por la menor irregularidad, tal como la falta de indicación del domicilio de los testigos. (1) Debe entenderse la palabra *nula* en el sentido que le da alguna vez el Código Civil (artículo 1601); la hipoteca es inexistente, así como la donación viciada en la forma no tiene existencia legal.

Si se admite el principio hay que admitir todas las consecuencias que derivan de él; ya las hemos deducido a menudo. Una de las más importantes está consagrada por el art. 1339; la donación nula en la forma no puede ser confirmada. Lo mismo sucede con la hipoteca por identidad de razones: no se confirma la nada. Por lo que toca á la hipoteca la confirmación no tendría razón de ser. La confirmación retrotrae en principio, pero sin perjuicio del derecho de los terceros; y la hipoteca no tiene efecto más que para con los terceros; inútilmente, pues, se confirmaría; no tendría efecto más que á partir del acta confirmativa, suponiendo que ésta reúna las condiciones prescriptas por la ley. Es, sin duda, por esta razón por lo que las partes interesadas nunca ensayaron confirmar una hipoteca nula en la forma; cuando menos no hemos encontrado un ejemplo en la jurisprudencia.

§ III.—CONSECUENCIA DE LA SOLEMNIDAD
DE LAS HIPOTECAS.

438. Del principio de que la hipoteca es un contrato solemne derivan consecuencias muy importantes en lo que se refiere á la validez ó existencia de la hipoteca. Es necesario ante todo determinar el verdadero sentido del principio. Cuando un contrato es solemne todos los elementos de este contrato deben constar en la forma auténtica. Esto resulta

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1828 (Pasicrisia, 1828, p. 122).

del texto de la ley. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por acta auténtica; es decir, *contraída*; luego todo lo que constituye el contrato de hipoteca debe constar auténticamente. Decimos el *contrato de hipoteca*. No debe confundirse el contrato que establece la hipoteca con el contrato que establece la obligación principal (núm. 423); ambas convenciones pueden ser separadas; es decir, que las partes pueden levantar actas distintas, una para procurarse una prueba literal de la obligación que han contraído, la otra para la constitución de la hipoteca; la primera puede ser privada, la segunda tiene que ser auténtica. (1)

Hay, sin embargo, un elemento de la obligación principal que debe mencionarse en el contrato de hipoteca: es el monto pecuniario del crédito; esta mención es relativa á una condición esencial de la hipoteca: la especificación (artículo 80, Código Civil, art. 2132). Pero importa determinar el alcance de esta restricción. Se puede dar hipoteca para seguridad de una obligación indeterminada tal como la de daños y perjuicios no liquidados. La liquidación se hace y las partes la hacen constar en una acta privada. ¿Será válida la hipoteca? Sí, y sin duda alguna; se satisface el principio de la especificación por sólo que el acta indique la suma para cuya garantía fué constituida la hipoteca; esto es todo lo que interesa á los terceros, pues el acreedor no tendrá derecho de preferencia más allá de la suma fijada en el acta inscripta, aunque el avalúo de los daños y perjuicios llevase su crédito á una cifra más elevada; por consiguiente, el acta auténtica está completa en lo relativo á la especificación del crédito. (2)

439. La Corte de Casación hizo la aplicación de estos

1 Persil, t. I, p. 435, art. 2127, núm. 7 y todos los autores. Gante, 17 de Julio de 1872 [Pasicrisia, 1872, 2, 420].

2 Martou, Comentario, t. III, p. 83, núm. 983.

principios en el caso siguiente. Por acta auténtica un banquero se obligó, á título de apertura de crédito, á tener á la disposición de los acreditados una suma de 100,000 francos, con estipulación de que la realización del crédito tendría lugar por entregas sucesivas de diversas sumas, hasta concurrencia de los 100,000 francos, y con este objeto se abriría un crédito especial. En la misma acta los acreditados consintieron una hipoteca hasta concurrencia de 100,000 francos. La Corte de Apelación decidió que el contrato de hipoteca debía combinarse con un escrito privado anterior que contenía el conjunto de las convenciones fijadas entre las partes y que determinaba las condiciones y las causas del crédito; el acta de la hipoteca sólo era la realización de estas convenciones. Procediendo así la Corte llegó á extender la hipoteca á la cuenta corriente que comprendía, además del crédito de 100,000 francos, una suma de 250,000, por la que los acreditados daban en garantía el fierro y fundición procedentes de la fábrica que explotaban; esta explotación formaba la causa del crédito total de 350,000 francos. Esto era determinar la extensión y los efectos de la hipoteca en lo que se refiere al crédito según las cláusulas de una acta privada anterior y, por tanto, violar el artículo 2127, que quiere que la convención y todos sus elementos, especialmente la suma, consten auténticamente. En consecuencia, la sentencia fué casada. (1)

440. Acerca de este punto todo el mundo está de acuerdo. Pero hay un profundo disentimiento en otro elemento del contrato de hipoteca: el consentimiento del acreedor: ¿debe darse en forma auténtica como el consentimiento del deudor? El art. 76 se explica especialmente acerca del consentimiento de aquel que constituye la hipoteca; el § I dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida más

1 Casación. 1.º de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 275). Compárese Martou, t. III, p. 86, núm. 982 bis; Pont, t. II, p. 91, núm. 656.

que por acta auténtica; y es del deudor del que se dice que *consiente* la hipoteca; cuando no está presente tiene que hacerse representar por un mandatario especial; lo que sólo puede hacerse, según el § 2, con un poder auténtico. Como se han prevalecido del texto de la ley para inducir que el consentimiento del acreedor no tiene que ser dado en la forma auténtica es necesario ante todo determinar la significación exacta del art. 76 (Código Civil, art. 2127). Y es la continuación y aplicación de la definición que la ley da de la hipoteca convencional. Según el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) esta hipoteca depende de las *convenciones* y de las formas exteriores de los contratos y actas; esto es decir que la hipoteca convencional sólo existe cuando la convención que la establece fué recibida en las formas prescritas por la ley; el art. 76 (Código Civil, art. 2127) determina estas formas. La combinación de estas dos disposiciones prueba que la palabra *consentir* de que se sirve la ley en el artículo 76 es sinónima de *contratar*; la ley no entiende decidir la cuestión de saber cómo el deudor debe manifestar su consentimiento, decide una cuestión más general, la de las formas que deben ser observadas para que exista la hipoteca; son las formas de las actas auténticas notariadas.

En cuanto al segundo inciso es especial al deudor que quiere constituir una hipoteca por poder: decide que el poder debe ser auténtico. ¿Por qué se ocupa la ley particularmente del deudor? ¿Es porque él solo debe consentir en forma auténtica? Nó, pues el § I decide implícitamente lo contrario, como acabamos de decirlo, y volveremos al punto para completar la demostración. Si el § 2 sólo habla del poder para constituir una hipoteca es porque esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil; el legislador no establece, pues, un principio general, zanja una controversia y lo hace por motivos generales aplicables á todas las partes que intervienen en el contrato de hipote-

ca; la solemnidad del acta implica la solemnidad del consentimiento; luego el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica. Y se admite generalmente (núm. 424) que el acreedor debe consentir también como el deudor. Esto decide la cuestión. El consentimiento es un elemento especial del contrato de hipoteca; si la autenticidad es de la substancia del contrato es por esto mismo de la substancia del consentimiento (núm. 430).

441. El principio, tal cual acabamos de formularlo, está controvertido; nos es, pues, preciso detenernos en él. Ha sido consagrado por una excelente sentencia de la Corte de Casación de Bélgica. La Corte comienza por establecer que el contrato de hipoteca se forma sólo por el concurso de voluntades del deudor que constituye la hipoteca y del acreedor que la estipula. Este principio basta para decidir la cuestión; siendo solemne el contrato el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica, si no se le considera no existente. Esto es verdad para el consentimiento del que estipula como del consentimiento del que promete. La Corte de Casación dice después que bajo el imperio del Código Civil existía una divergencia de opiniones acerca del punto de saber si el acreedor que no ha intervenido en el acta constitutiva de la hipoteca debe manifestar su consentimiento, es decir, aceptar en la forma auténtica, ó si puede hacerlo según el derecho común, ya por acta privada, ya tácitamente. Esta última opinión es la que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia. La comisión especial se pronunció por la opinión contraria; no inscribimos el pasaje del informe que la Corte de Casación reproduce igualmente en su sentencia. Hé aquí cómo la comisión presenta la cuestión: esto es importante, pues la solución no es absoluta, sólo se aplica al caso que el informe prevee. «Cuáles son los efectos de las actas notariadas en las que el deudor comparece solo para declarar que recibió tal suma á tí-

tulo de préstamo de Fulano y que constituye tal bien en hipoteca?» La comisión contesta: «En lo que se refiere al préstamo al acta tiene toda la fuerza de una confesión extrajudicial. Aunque hecha fuera de la presencia del acreedor podrá, según las circunstancias, ser considerada como una prueba completa, sin que esta prueba esté subordinada á la aceptación del acreedor. Pero en lo que se refiere á la hipoteca la confesión, aun auténtica, en una hipoteca es inoperante, puesto que la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta es *nula* y no podría recibir su *existencia* sino por la aceptación auténticamente comprobada del acreedor.» El informe agrega: «La comisión piensa que consignando aquí las observaciones que preceden y que resultan de *principios de derecho incontestable* puede abstenerse de modificar á este respecto el art. 2127» (convertido en el art. 76 de la Ley Hipotecaria). (1)

La Corte de Casación admite esta doctrina como interpretación oficial de la ley: «Este informe fué anexado por el Gobierno á la Exposición de los Motivos del proyecto de Ley Hipotecaria, y el pasaje mencionado no ha dado lugar á la menor discusión en la Cámara de los Representantes ni en el Senado; debe, pues, ser considerado como el verdadero espíritu del art. 76, el que reemplazó al 2127 del Código Civil.» (2)

No nos atrevemos á aceptar esta decisión como un principio, y la Corte de Casación misma sentenció lo contrario en una cuestión hipotecaria en la que había más que un informe de la comisión, había una declaración del Ministro de Justicia, había una decisión de la Cámara; no obstante, la Corte no tuvo ninguna cuenta de los trabajos preparatorios,

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

2 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasieris, 1863, 1, 212).