

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).

y á tal punto, que ni los mencionó para combatirles (véase el núm. 240). En este último caso nos ha parecido que la Corte hubiera debido atenerse á la decisión de la cámara y á los motivos expuestos en la discusión. En el caso actual aceptamos la sentencia, pero hubiéramos preferido que la Corte lo motivase en los *principios incontestables* que la comisión invoca sin desarrollarlos. Estos principios son en el fondo los nuestros, pues la comisión dice que la hipoteca convencional exige un concurso de voluntades y quiere que la aceptación del acreedor esté dada en la forma auténtica porque la hipoteca tiene que ser *constituída* en esta forma, y agrega que la hipoteca solo *existirá* por la aceptación auténtica que el acreedor hará de la constitución, lo que implica que las formas están resguardadas para la *existencia* legal del acta y, por consiguiente, que el contrato de hipoteca es un acto solemne.

¿Pero si tales son los *principios* que la comisión entendía consagrar por qué no los formuló en la ley como lo hizo para la autenticidad del poder? Lo juzgó inútil porque los principios le parecían *incontestables*; en realidad son tan poco incontestables que todo en esta materia está sujeto á la controversia, y apesar del informe de la comisión la controversia subsiste. El silencio de las dos cámaras que la Corte de Casación invoca no es concluyente; las cámaras no deliberan sobre las *opiniones* emitidas en los informes, deliberan sobre las *proposiciones* que les están sometidas, y en la especie no conocían ninguna proposición: las decisiones de la comisión no tienen, pues, más que una autoridad doctrinal; se la ha repudiado en la cuestión que discutimos y nosotros mismos no aceptamos la opinión que la comisión enuncia acerca de los demás puntos que siempre están controvertidos en la misma materia. Hubiera sido tan fácil evitar estas incertidumbres que tocan á actos diarios de la vida civil.

Hemos debido hacer estas reservas porque si no habría podido oponer el informe de la comisión como una autoridad legal cuando no hay más que una autoridad de razón. Si aprobamos la decisión de la Corte de Casación es porque está realmente, en nuestro concepto, fundada en principios que creemos incontestables, pero que desgraciadamente están contestados por la doctrina y por la jurisprudencia.

442. La Corte de Casación de Francia pronunció una sentencia en sentido contrario en una especie idéntica á la juzgada por la Corte de Casación de Bélgica. Se trataba del reconocimiento puro y simple de una deuda con gravamen hipotecario. La Corte sienta en principio que este reconocimiento puede constituir un compromiso unilateral y ser hecho ordinariamente por el deudor solo. Ya hemos criticado este pretendido principio. ¿Qué importa que el gravamen hipotecario sea un compromiso unilateral? ¿Acaso los contratos unilaterales no exigen el concurso de voluntades de las dos partes interesadas? La Corte agrega que ninguna disposición de ley obliga al acreedor en favor del que se ha dado el reconocimiento con hipoteca y que quiere aprovecharlo á aceptar el efecto por una acta notarial. Aquí está la verdadera dificultad; la Corte reconocía implícitamente que el acreedor debe aceptar si quiere aprovechar la hipoteca; más valía decir, como lo hizo nuestra Corte de Casación, que el contrato de hipoteca sólo se forma por el concurso de consentimientos del deudor y del acreedor. ¿Debe hacerse por acta auténtica la aceptación del acreedor? Tal es la cuestión. No hay ley, dice la Corte, que lo exija. «El art. 2127 (Ley Hipotecaria, art. 76) invocado por el recurso enmudece á este respecto.» Contestamos nosotros que este artículo no debe aislarse del artículo 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44). La definición de la hipoteca convencional prueba que el contrato que la constituye es un contrato solemne; el art. 2127 (Ley Hipoteca-

ria, art. 76) dice en qué consiste la solemnidad; la hipoteca no puede ser consentida más que por acta auténtica; es decir, que para que haya una hipoteca se necesita la forma auténtica, puesto que en los términos del art. 2117 la hipoteca convencional *depende* de la *forma* de las actas. Y si la hipoteca es un contrato solemne el consentimiento del acreedor debe ser también auténtico, así como el del deudor. Esto es precisamente lo que dice el art. 932 para otro contrato solemne: la dación. La Corte de Casación lo apartó diciendo que esta disposición sólo se aplica á la dación entre vivos. (1) El texto sí, pero el principio que el texto consagra se aplica á todos los contratos solemnes; este principio es elemental: es que en estos contratos el consentimiento no existe más que cuando está expresado en la forma auténtica.

La jurisprudencia de las cortes de apelación está conforme á la sentencia que acabamos de relatar; la decisión de la Corte de Tolosa que citamos quedó aislada (núm. 426). Generalmente se admite que la aceptación del acreedor puede ser tácita, y se induce este consentimiento tácito de la inscripción que el acreedor requiere en la oficina de conservación. Hé aquí la extraña consecuencia que la Corte de París dedujo de esos principios. En la especie la inscripción la había hecho un tercero. Poco importa, dice la Corte; el tercero debe estar considerado como habiendo obrado, en nombre de los beneficiarios de la hipoteca, en calidad de *negotiorum gestor*. ¿De este modo bastaba que la hipoteca estuviera inscrita sin el consentimiento del acreedor para que se le considerara haber consentido! ¿Qué diría el Presidente Favre de semejante doctrina? Seguramente creería en la monstruosidad. La Corte agrega que el acta del tercero, lejos de haber sido desaprobada, ha sido ratificada por

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

la producción del acreedor en la orden. (1) Esto levanta una nueva dificultad: ¿la ratificación retrotrae en la especie? La Corte no responde á la cuestión; volveremos á esto.

443. Las cortes de Bélgica se pronunciaron en el mismo sentido. Hay varias sentencias de la Corte de Lieja, sobre nuestra cuestión, anteriores á la sentencia de nuestra Corte de Casación. La primera descuidaba las nociones más elementales de derecho. Se trataba del reconocimiento de un préstamo anterior con gravamen hipotecario. «El acta, dice la sentencia, no comprueba, pues, entre dos personas presente, la proposición y la aceptación de un préstamo actual, pudiendo presentar la *apariencia de un contrato sinalagmático* y necesitar para su *formación*, según las circunstancias y naturaleza de las estipulaciones, el concurso simultáneo de la voluntad de las dos partes.» ¿Qué quiere decir esto? Se debe preguntarlo, porque la redacción es tan mala que el pensamiento de la Corte es ininteligible. ¿Acaso un préstamo es un contrato *sinalagmático*? ¿y los contratos *sinalagmáticos* exigen el *curso simultáneo* del consentimiento de las partes? Tantas proposiciones como herejías. En la especie el contrato era unilateral: ¿qué concluyó la Corte? Que bastaba *para establecer la prueba* de un título emanado del deudor, sea en la forma del art. 1326 si el escrito es privado, ó ya sea en la forma auténtica. ¿Se trataba de una cuestión de *prueba* en la especie? ¿Qué por casualidad la hipoteca se prueba por acta privada? ¿No es la forma auténtica la substancia del acta? La Corte contesta que la hipoteca es un accesorio de la obligación principal y que debe seguir su suerte «por cuanto que las formalidades y las condiciones requeridas para su validez hayan sido observadas.» ¿Qué tiene que ver aquí el *carácter accesorio* de la hipoteca?

1 París, 22 de Abril de 1835 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1260, 1.º). La Corte de Gante dice la misma cosa en la sentencia de 11 de Julio de 1862 (Pasierisia, 1863, 1, 212) que fué casada (núm. 441).

La hipoteca es un contrato solemne, mientras que el préstamo es un contrato no solemne; cuando se trata de la validez de la hipoteca ó de su existencia es preciso que se observan las formas sin que se deba tener en cuenta el contrato principal. ¿Cuáles son estas condiciones y estas formas? La Corte de Lieja cita los arts. 2127 y 2129 (Ley Hipotecaria, arts. 78 y 80) relativos á la especialidad de la hipoteca. Preguntamos de nuevo: ¿Qué tiene de común la especialidad con la forma del acta? «Si, continúa la Corte, la aceptación del acreedor es aún necesaria el legislador no ha determinado ni la época ni la forma de esta aceptación.» La sentencia está tan mal redactada que se pregunta uno si en el pensamiento de la Corte la aceptación del acreedor es necesaria ó si no lo es. No se sabe. En todo caso la Corte se conforma con una aceptación que sea cierta y debidamente establecida y aparta el art. 932 como siendo especial á las daciones. Siempre la misma confusión: no se trata de probar la aceptación, se trata de saber si la convención y, por consiguiente, la aceptación son solemnes. En fin, la Corte dice que los efectos de la aceptación remontan al día del título. (1) Esta es una nueva confusión. La confirmación retrotrae, salvo los derechos de los terceros; ¿pero dónde dice que el consentimiento retrotrae y quién nunca pensó en pretenderlo?

En la segunda sentencia pronunciada por la Corte de Lieja se trataba de saber si el poder que el acreedor da para la aceptación debe ser auténtico. La Corte se pronunció por la negativa en razón de que el art. 76 no exige la autenticidad del poder más que para la constitución de la hipoteca; es decir, por parte del que la crea ó la concede y no por parte del que la acepta ó la recibe. (2) Igual decisión fundada en el mismo argumento es la de una sentencia de la

1 Lieja, 19 de Enero de 1856 (Pasicrisia, 1857, 2, 350).

2 Lieja, 2 de Agosto de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 402).

Corte de Gante. (1) ¿Han reflexionado las dos cortes en las consecuencias extrañas que resultan de esta interpretación del art. 76? Si este artículo exige un poder auténtico por parte del deudor que consiente la hipoteca por derogación de la ley que admite el mandato dado privadamente y aun por carta es porque la hipoteca es una acta solemne y que en un contrato solemne todos los elementos de la convención deben estar auténticamente comprobados; hay, pues, un motivo idéntico para exigir la autenticidad para el consentimiento del deudor. Si el art. 76 no habla más que del deudor es que tiene por objeto zanjar una controversia. Pero es tan cierto que los autores de la ley no entendieron decidir que el consentimiento del acreedor podía darse por escrito privado que establecieron el principio del todo contrario, principio en el que nuestra Corte de Casación se fundó para juzgar que la aceptación del acreedor debía ser dada en la forma auténtica (núm. 441). Argumentando en el silencio de la ley las cortes de Lieja y de Gante hacían decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir; lo que siempre llega á suceder en esta clase de argumentación que se llama *a contrario*. Si la argumentación es mala la consecuencia lo es más. La Corte de Lieja reconocía en su primera sentencia que la constitución de la hipoteca tiene un carácter *solemne*. ¿De este modo el contrato sería solemne con relación á una de las partes y no solemne con relación á la otra! Hé aquí una distinción que merece ser colocada en el catálogo de los errores de los prácticos que el Presidente Favre redactó. Agregaremos que la distinción es contraria al texto de la ley; el art. 76 (Código Civil, artículo 2127) no debe aislarse del art. 44 (Código Civil, artículo 2117), del que es la consecuencia; y el art. 44 dice que la hipoteca convencional depende de la forma exterior de las actas y de los contratos, no dice que el consentimiento del

1 Gante, 11 de Abril de 1875 [Pasicrisia, 1876, 2, 44].