

deudor es una *acta solemne* mientras que el consentimiento del acreedor sería una *acta no solemne*. (1)

444. Debemos detenernos en la jurisprudencia porque se trata de una *cuestión práctica* y que los notarios, lo mismo que todos los prácticos, están dispuestos á atenerse á las *decisiones judiciales*; lo que es muy natural cuando estas *decisiones* no hacen más que apoyar la *práctica ilegal* introducida por el uso y perpetuada por una larga tradición. Les aconsejamos atenerse al principio consagrado por nuestra Corte de Casación; es el más jurídico y en todo caso es el más seguro. La *doctrina* es tan incierta como la *jurisprudencia*. Sólo conocemos un autor, Zachariæ, (2) que enseña la *doctrina* que acabamos de sostener contra la *jurisprudencia* de las cortes de Francia y Bélgica, apoyándose en la *sentencia* de nuestra Corte de Casación; los Sres. Aubry y Rau abandonaron, acerca de este punto, la *oposición* del *jurisconsulto alemán*; distinguen, con la *jurisprudencia*, la *constitución hipotecaria* y la *aceptación del acreedor*; ésta se puede hacer *privada* y aun *tácitamente*. Los editores de Zachariæ no motivan su *decisión*, lo que es el lado débil de su excelente obra: se limitan á apartar el art. 932, que consideran como una *disposición excepcional*, y concluyen que no se la podría extender á todas las *convenciones* para cuya validez la ley exige *acta notariada*. (3) Esto no es exacto. El art. 932 no es *excepcional* más que en el sentido de que no recibe aplicación más que en los *contratos solemnes*; la *cuestión* es, pues, saber si la *hipoteca* es un *contrato solemne*; si se la decide afirmativamente se debe decir que la *autenticidad* está requerida no para la *validez* de la *hipoteca* sino para su *existencia*; en todo caso la *forma auténtica* está prescripta para todos los elementos de la *hipoteca*,

1 Hay dos *sentencias* en el mismo sentido [Cloes, t. III, p. 47].

2 Zachariæ traducción de Massé y Vergé, t. V, p. 179, nota 4, pfo. 800.

3 Aubry y Rau, t. III, ps. 274 y siguientes, y nota 51, pfo. 266.

como lo prueba la *definición* que el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) da de la *hipoteca convencional*, *definición* que los autores, así como la *jurisprudencia*, descuidan completamente, y, sin embargo, decide la *cuestión*. El último autor que ha escrito sobre la materia en Francia, Pont, se limita á hacer constar el estado de la *jurisprudencia*. (1)

445. Los intérpretes de la ley belga se pronunciaron todos en el mismo sentido. Martou se conforma con decir que la *sucesión* de la *hipoteca* es por parte del *deudor* una *obligación unilateral* cuya validez no está subordinada ni á la *presencia del acreedor* en el *acta* ni á una *aceptación ulterior* de su parte; después decide que el *acreedor* manifiesta *suficientemente* su *aceptación* por la *inscripción* de la *hipoteca*. (2) ¿Cómo ese espíritu tan juicioso no observó que su *doctrina* está en *oposición* con los principios más elementales de derecho? ¡Qué! se trata de un *contrato* y de una *acta solemne* y este *contrato* se perfecciona sin que el *acreedor* esté presente en el *acta* y sin que acepte *ulteriormente*? Habría, pues, un *contrato* sin *consentimiento*, porque el *consentimiento* no es más que el *curso de voluntades*. Si esto es así ¿á qué viene hablar de una *aceptación tácita*?

M. Cloes critica la *sentencia* de nuestra Corte de Casación; le parece imposible que esta *decisión* esté destinada á fijar la *jurisprudencia*. También hemos hecho algunas reservas sobre los motivos de la *sentencia*; M. Cloes tiene razón en decir que las *opiniones* enunciadas en el *informe* de una *comisión* no deben ser identificadas con la *ley*. Esto prueba que la *comisión* estuvo errada al no formular en artículo de ley la *doctrina* que creía fundada en principios incontestables. Pero esto no prueba que estos principios sean falsos. Creemos haber demostrado la exactitud.

1 Pont, De los privilegios ó hipotecas, t. II, p. 93, núm. 659.

2 Martou, t. III, p. 87, núm. 982 ter.

Lo que el honorable consejero de la Corte de Lieja objeta en su comentario nos parece de una debilidad extremada. Después de haber transcripto el pasaje de informe que citamos (núm. 441) el comentador agrega que en su concepto la solución de la dificultad depende del punto de saber si la constitución de la hipoteca es un contrato sinagmático ó un contrato unilateral, y como es cierto que el contrato de hipoteca es unilateral se debería concluir que la aceptación del acreedor no es necesaria; por tanto, no se podría tratar de una aceptación auténtica. Sin embargo, el autor no admite las consecuencias de su principio; debería desechar toda aceptación y se conforma con una aceptación tácita. Se sorprende uno de ver este error, ya señalado por el Presidente Favre, reproducirse sin cesar aun después de la sentencia de nuestra Corte de Casación que establece tan claramente el verdadero principio. Y acerca de este punto la autoridad de la comisión especial es igualmente decisiva porque es la autoridad del buen sentir; ¿puede haber hipoteca convencional sin convención y la convención no tiene en su esencia el concurso de voluntades? El magistrado de Lieja acabó por caer en la misma contradicción que reprochamos á Martou. Después de haber dicho que una aceptación del acreedor no es necesaria se adhiere á la opinión de los autores franceses que se conforman con un consentimiento tácito. (1) ¿Qué cosa es, pues, el consentimiento tácito sino una aceptación?

M. Arntz parece acercarse á nuestra opinión; dice muy bien que la hipoteca convencional es la constituida por el libre consentimiento de las partes. Está regida por los principios generales de las convenciones; debe, pues, ser aceptada por el acreedor, sea en persona ó por su mandatario ó gerente. ¿Cómo se debe hacer la aceptación? M. Arntz contesta como nosotros que la hipoteca debe ser aceptada por

1 Cloes, t. III, p. 47, núm. 72, p. 43, núm. 70 y p. 45, núm. 71.

acta auténtica y que no puede producir efecto sino después de la comprobación de la aceptación en esta forma. Pero agrega que la aceptación del acreedor se puede hacer tácitamente por la inscripción. (1) Acerca de este último punto estamos en disidencia. En nuestra opinión la aceptación en la forma auténtica no es una cuestión de *prueba*. El contrato de hipoteca es un contrato solemne; *depende*, como lo dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117), de la forma exterior de las actas. Luego la forma es una acta notariada; por tanto, es necesario un poder auténtico ó una aceptación ante notario. La inscripción, en todo caso, no puede valer como aceptación, pues la inscripción supone que la hipoteca existe; por consiguiente, que está aceptada.

§ IV.—APLICACION DEL PRINCIPIO.

446. La Ley Hipotecaria exige el consentimiento auténtico del deudor que constituye la hipoteca y, como consecuencia, la autenticidad del poder que el deudor da con objeto de constituir la hipoteca. Fué sentenciado por aplicación de esta disposición que la hipoteca no puede ser consentida en virtud de una deliberación de una sociedad que autorice al gerente á contratar un préstamo hipotecario, á no ser que la deliberación conste en una acta notariada. En el caso no había ninguna duda, pues el acta social decía que la asamblea general de los accionistas sólo tenía el derecho de decretar los préstamos, y la prohibición de pedir prestado implicaba la prohibición de consentir una hipoteca para la seguridad del préstamo; la deliberación que autorizaba el préstamo era, pues, un poder en el sentido del art. 76 y, por tanto, sometida á la forma de la autenticidad. (2) Pue-

1 Arntz, Curso de derecho civil francés, t. II, p. 728, núm. 1789 y p. 734, núm. 1807.

2 Sentencia del Tribunal de Lieja de 9 de Agosto de 1865 confirmada en apelación (Cloes, t. III, p. 48, núm. 76).

den de esto resultar dificultades para las sociedades, pero el principio no es dudoso.

447. Si la hipoteca está consentida en virtud de un poder privado el acta es nula y, por consiguiente, no hay hipoteca. Se pregunta si el mandante podría confirmar la hipoteca por acta auténtica? En nuestra opinión la negativa es segura. Siendo solemne el contrato de hipoteca la autenticidad es de la esencia del acta; si ésta es nula en la forma es inexistente, es la nada, y la nada no se confirma. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias; (1) no admiten el principio de la solemnidad del contrato de hipoteca y, por otra parte, los principios que rigen las actas inexistentes no han entrado aún en la práctica judicial. Pero á la vez que admitiendo la confirmación se decide que no trae ningún perjuicio á las hipotecas adquiridas antes de la confirmación; en efecto, la confirmación no retrotrae en perjuicio de los terceros (art. 1388).

448. Sucede frecuentemente que el notario acepte por el acreedor ausente. Esto es una antigua práctica notarial ya comprobada por una acta de notoriedad del Châtelet de París fechada en 8 de Mayo de 1716. Se pregunta si la aceptación es válida. Hay una cuestión previa: ¿el acta auténtica no está viciada cuando el notario interviene en nombre del acreedor? La afirmativa nos parece segura. (2) En efecto, la ley de Ventoso pronuncia la nulidad de las actas en las que el notario es á la vez oficial público y parte (artículos 8 y 68), y el notario que acepta por el acreedor obra como mandatario ó como gerente de negocios; en uno y otro caso es parte, pues estipula. Se objeta que la intervención del notario debe ser considerada como un acto superabundante, puesto que se trata de un compromiso

1 Martou, t. III, p. 89, núm. 985. Denegada, Sala Civil, 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 49).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 52, pfo. 266.

unilateral que sólo puede ser regularmente hecho por el deudor solo. (1) La objeción descansa en un principio que no admitimos y que realmente nadie admite, puesto que, en opinión de todos, debe cuando menos haber una aceptación tácita. Se hacen todavía otras distinciones para conciliar las diversas sentencias pronunciadas en esta cuestión; (2) creemos inútil entrar en estos debates; aunque el notario sólo interviniera para aceptar esta intervención viciaría el acta y anularía la hipoteca.

449. Si se admite que el acta pueda valer como auténtica aunque el notario acepte por el acreedor ausente se suscita una nueva dificultad: ¿son válidas la aceptación y, por tanto, la hipoteca? La cuestión se presenta en otras hipótesis; para evitar la nulidad del acta el notario hace que intervenga su pasante ó un tercero. Se trata, pues, de saber si la aceptación hecha en el acta en nombre del acreedor valida el acta. En nuestro concepto no, y la decisión ni siquiera es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca del carácter de la hipoteca convencional. Si el contrato es solemne el consentimiento de ambas partes debe de expresarse en forma auténtica; luego por el acreedor y el deudor en presencia del notario, á reserva de que las partes se hagan representar por mandatarios; pero en este caso el poder debe ser auténtico, sin distinguir si procede del acreedor ó del deudor.

Se enseña, sin embargo, lo contrario; la hipoteca, se dice, puede ser válidamente aceptada en nombre del acreedor por un tercero obrando sin mandato expreso. (3) Esto es una consecuencia de la distinción que hacen los autores entre la constitución de la hipoteca por el deudor y la acep-

1 Pont, t. II, p. 93, núm. 659. Chambéry, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

2 Cloes, t. III, p. 48, núms. 273 y 274. Compárese Denegada, Sala Civil, 8 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305), Casación, 4 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).

3 Aubry y Rau, t. III, p. 275, pfo. 266.

tación por el acreedor; la primera es una acta solemne, la segunda permanece en los términos del derecho común. En nuestro concepto esta distinción es falsa; divide lo que es esencialmente indivisible: la naturaleza del acta; y es contraria á la definición que la ley da de la hipoteca convencional; el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) no dice que la hipoteca depende de la forma exterior del acta en lo que se refiere al deudor; dispone, en términos absolutos, que la existencia de la hipoteca está ligada á la observancia de las formas legales. Lo que es verdad para el deudor es, por esto mismo, verdad para el acreedor. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Lieja; el único motivo que alega es la opinión emitida por la comisión especial que preparó el proyecto de ley acerca del régimen hipotecario; fundamento poco sólido, como lo diremos más adelante. (1)

450. La aceptación por un tercero en nombre del acreedor, pero sin mandato, debe ser ratificada por el acreedor para que haya consentimiento. Esta ratificación da lugar á nuevas dificultades. Se pregunta desde luego si tiene que hacerse en forma auténtica. Cuando se trata del deudor en nombre del que un tercero ha concedido hipoteca es seguro que tiene que ratificar por acta notariada, pues su consentimiento es una acta solemne, y sólo es ratificando como consiente. ¿Pasa lo mismo con la ratificación del acreedor? En nuestra opinión sí, puesto que el acta es solemne para con él tanto como para con el deudor. En la opinión contraria nó, puesto que el consentimiento del acreedor permanece sometido al derecho común.

Hay una segunda dificultad: ¿cuál será el efecto de la ratificación? Suponemos desde luego que se trata de una hipoteca constituida en nombre del deudor por un tercero sin mandato. El deudor ratifica por acta auténtica. ¿Retrotraerá esta ratificación? En nuestra opinión nó, pues la hi-

1 Lieja, 25 de Enero de 1877 (Pasicrisia, 1877, 3, 264).

poteca sólo existe por el concurso de voluntades auténticamente comprobadas, y el consentimiento en las actas solemnes se considera no existir mientras no ha sido dado en la forma legal; luego sólo es cuando la ratificación cuando existe el consentimiento del deudor; por tanto, sólo hay hipoteca desde la ratificación. En vano se opondrá el principio de que la ratificación equivale al mandato y que, por consiguiente, retrotrae. Esto es muy dudoso, en nuestro concepto, aun en los contratos no solemnes (t. XXVIII, números 74 y 75); en todo caso esto no es verdad en los contratos que sólo existen cuando el consentimiento ha sido expresado en forma auténtica. (1) Esta doctrina está admitida, aun en la opinión contraria, por los Sres. Aubry y Rau. Consecuentes con su doctrina consideran la constitución de hipoteca por el deudor como un contrato solemne; resulta de esto lógicamente que el consentimiento del deudor y, por tanto, la eficacia del contrato están subordinados á la autenticidad del acta por la que el deudor consiente; luego, en el caso, el consentimiento del deudor sólo existe en virtud del acta auténtica de ratificación; lo que excluye la retroacción, no pudiendo retrotraer la solemnidad. La opinión de los editores de Zachariæ está aislada; se admite generalmente que la ratificación retrotrae, lo que procede de la idea inexacta que se tiene del contrato de hipoteca. (2)

1 Compárese lo dicho acerca de las donaciones, t. XII, núm. 241.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 6, pfo. 266. En sentido contrario, Pont, t. V, p. 60, núm. 626 y la jurisprudencia citada en nota. Debe agregarse una sentencia de Casación de 13 de Diciembre de 1875 (Daloz, 1876, 1, 97). La Corte sienta en principio que la hipoteca está válidamente constituida y que, por aplicación del principio de retroacción de la ratificación del acta ratificada, la inscripción tomada en virtud del acta de hipoteca produce su efecto desde el día de su fecha para con los acreedores que no han tomado inscripción válida antes de la ratificación. Creemos que la Corte de Besangón habría resuelto mejor decidiendo que la hipoteca consentida sin mandato no existe más que en el momento de la ratificación y que es, pues, ésta la que da á la hipoteca su existencia legal. La Corte concluye de esto que debe hacerse por acta auténtica