

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

En cuanto á la ratificación del acreedor se entiende que, en nuestra opinión, está absolutamente regida por el mismo principio que la del deudor. El contrato de hipoteca no es solemne á medias; es solemne ó no lo es. Si lo es será para ambas partes contratantes; luego para el deudor como para el acreedor la aceptación ratificada sólo existe á partir de la ratificación; de donde se sigue que hasta aquel momento no hay consentimiento ni contrato. Y la retroacción de la ratificación no es más posible para el acreedor que lo es para el deudor; la retroacción de una solemnidad no tiene sentido.

451. Acerca de este último punto la comisión especial ha enunciado una opinión contraria; admite la validez de la hipoteca por un tercero sin mandato, siempre que haya ratificación, y lo decide así por aplicación de los principios generales que permiten responder por un tercero y estipular en nombre de un tercero como gerente de negocios; pero la ratificación no tendrá efecto en perjuicio de los terceros. (1) Esto es en todo el derecho común tal como se enseña generalmente; mientras que, en nuestra opinión, la cuestión debe decidirse por los principios que rigen la solemnidad del contrato. La comisión nos parece inconsecuente; parece admitir la solemnidad del actor en la hipoteca en que el deudor reconoce una deuda preexistente afectándole una hipoteca (núm. 441). Y cuando se trata de la ratificación de una aceptación para el acreedor, dada sin mandato, la comisión considera el contrato de hipoteca como un contrato ordinario sometido en todo á la ley común. Este es el peligro de las opiniones emitidas en un informe sin que estén formuladas en un texto de la ley; no se dis-

y que debe estar inscripta para tomar lugar á partir de esta inscripción. Sólo que la Corte hubiera debido fundar su decisión en el carácter solemne de la hipoteca y contestar el principio tradicional de la retroacción de la ratificación.

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

cuten, permanecen en vaguedad y no se sabe, en definitiva, cuál es el principio que el legislador entendió consagrar.

452. Hacemos nuestras reservas acerca de otra opinión emitida por la comisión especial. Supone que la hipoteca está estipulada accesoriamente á un contrato de préstamo y decide que, en este caso, la hipoteca existe desde el momento en que la acción tomó nacimiento, antes de la ratificación que el acreedor hiciera del contrato; mientras que si la hipoteca está estipulada posteriormente al préstamo la hipoteca sólo existirá á partir de la ratificación. La comisión aplica este principio á los contratos de préstamos pasados con constitución de hipoteca, en los que el notario hace intervenir un pasante declarando que los fondos prestados pertenecen á un tercero en nombre del que los da en préstamo y estipula hipoteca. Esta hipoteca, dice la comisión, puede ser inscripta inmediatamente y tendrá fecha desde el día de la inscripción.

No admitimos este pretendido principio y hemos repudiado de antemano la aplicación que la comisión hace de él (núm. 449). (1) ¿Cambia acaso el contrato de hipoteca de naturaleza, según que la hipoteca está estipulada en la misma acta que la obligación principal ó en una acta posterior? Buscamos en vano la razón de está distinción. La hipoteca es siempre un derecho accesorio en cualquier momento que está establecida; pero el carácter de la hipoteca nada tiene de común con la cuestión de saber si la hipoteca convencional es un contrato solemne. La definición que la ley da de la hipoteca convencional implica que no existe sino cuando ha sido constituida en las formas legales; es decir, que el acta es solemne de un modo absoluto. Si así es el contrato debe ser regido por los mismos principios, cualquiera que sea el

1 Compárese una sentencia del Tribunal de Bruselas de 16 de Febrero de 1875 (Pasicrisia, 1875, 3, 133).

acta en la que conste, asimismo que es solemne para con ambas partes. La naturaleza de una acta es indivisible, siempre es la misma en todos los casos; cualquiera distinción conduciría á un contrasentido; á saber, que una sola y misma acta es ya solemne y ya no solemne.

§ V.—DE LA PROMESA DE HIPOTECA.

453. ¿La promesa de hipoteca es válida y en qué difiere de la constitución de hipoteca? Según el art. 1589 la promesa vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio. Puede también haber una promesa de hipoteca que equivalga á un contrato por el que el deudor consienta una hipoteca y el acreedor la acepte. Si el deudor dice en una acta auténtica que ofrece una hipoteca á su acreedor en tal inmueble para garantía de tal acto y que el acreedor acepte esta promesa habrá, en realidad, contrato de hipoteca, pues no hay referencia entre esta convención y la ordinaria con la que una hipoteca se establece más que las partes ó el redactor del acta hayan empleado la palabra prometer; poco importan los términos siempre que implican un consentimiento del deudor. Desde que hay contrato en las formas y condiciones determinadas por la ley hay translación de un derecho real, aunque las partes se hayan servido de la palabra *prometer*. Este caso es raro, no hay ejemplo de él en la jurisprudencia, y esto no es lo que los autores entienden por promesa de hipoteca. Suponen que el deudor promete, ya sea verbalmente, ya por carta ú otro escrito privado, á su acreedor darle una hipoteca. El acreedor acepta la promesa. Es seguro que esta promesa es válida como toda convención que no tiene nada contrario á las buenas costumbres y al orden público; pero la hipoteca no quedará cons-

tituida en este caso, sólo lo será por el contrato que el deudor ofreció consentir.

Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de París. El acreedor expresa por carta á su deudor el deseo de obtener una hipoteca; el deudor contesta que consiente en concederla; fué sentenciado que esta promesa es válida y que da acción al acreedor contra el deudor para obligarlo á ejecutarla. (1) Diremos más adelante cuál es el efecto de esta acción. Se ve que la diferencia es grande entre la promesa de hipoteca así formulada y el contrato de hipoteca. El contrato de hipoteca es un acto solemne, sólo existe si recibió la forma auténtica, y la hipoteca sólo será válida si está especificada en cuanto á los bienes y en cuanto al crédito. No sucede lo mismo con la promesa de hipoteca; es una convención no solemne que permanezca en los términos del derecho común; no tiene que ser auténtica, ni siquiera es necesario que haya acta, pues el escrito solo sirve de prueba. La condición de especificación no tiene que ser observada, pues no se trata todavía de constituir la hipoteca, las partes convienen solamente en formar un contrato de hipoteca; es en esta acta en la que observarán la condición de la especificación prescrita por la ley.

454. ¿Cuáles son los efectos de la promesa de hipoteca? Es una obligación de ser regida por el derecho común. El deudor la cumple presentándose ante el notario y declarando que constituye una hipoteca en tal inmueble para la garantía de tal crédito. A este respecto hay una diferencia entre la promesa de hipoteca y la promesa unilateral de venta; ésta se convierte en venta por el consentimiento que da aquel en provecho del cual fué hecha la promesa de vender ó comprar. Este consentimiento no basta para que la promesa de hipoteca esté realizada; mejor dicho, el acree-

1 Pau, 16 de Julio de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 205). Compárese Dnegeada, de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 301).

dor aceptó la promesa, consintió en la constitución de hipoteca. Lo que falta para que la hipoteca exista es una acta auténtica en la que ambas partes expresen su consentimiento en la forma solemne y bajo la condición de especificación exigida por la ley.

Si el deudor se niega á pasar el acta el acreedor tendrá una acción contra él para que lo condenen á constituir la hipoteca. Pero es una condena por hacer; si el deudor no quiere ejecutar su promesa no queda al acreedor más que reclamar los daños y perjuicios. Tal es el derecho común. Si la promesa de hipoteca acompañaba á la obligación principal el acreedor podría pedir el reembolso del crédito, es decir, la resolución del contrato, siendo la constitución de la hipoteca la condición bajo la que consintió tratar. La ley da esta acción al acreedor cuando el deudor disminuye las seguridades que había dado para el pago de su deuda; con mayor razón debe tenerla si el deudor no ministra las seguridades que había prometido (art. 79; Código Civil, artículo 2131). (1)

455. La jurisprudencia francesa da un efecto más considerable á la promesa de hipoteca. Conforme al Código Napoleón toda sentencia da al acreedor una hipoteca en los bienes presentes y futuros del deudor (art. 2123). Por consecuencia, la sentencia que el acreedor obtuviera contra su deudor por la negativa de éste en consentir una hipoteca convencional implicaba la hipoteca judicial. (2) Ya no puede suceder lo mismo bajo el imperio de nuestra ley, que no admite la hipoteca judicial; pero se puede decir que la sentencia que condenara al deudor á cumplir la promesa de hipoteca reemplazará al contrato? Se ha sostenido, invocando el principio, que contratamos en justicia y que la

1 Compárese Martou, t. III, p. 322, núm. 704.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 54, pfo. 266. Denegada, 20 de Abril de 1825 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1151).

sentencia recibe el acta notariada. (1) El principio es muy cierto, pero no recibe aplicación en las actas solemnes tales como la hipoteca. Se necesita para la existencia misma de la hipoteca que las partes den su consentimiento en el acta notariada; luego el contrato que interviene en justicia no puede engendrar hipoteca. La cuestión se decidió en este sentido cuando la discusión del proyecto de ley en la Cámara de Representantes. M. Jullien formuló la dificultad en estos términos. El deudor se compromete á dar hipoteca en bienes determinados: podrá el acreedor perseguir la ejecución de esta promesa y la sentencia que recaiga le conferirá la hipoteca como reemplazando á la hipoteca convencional? Nos parece que la cuestión no está bien sentada. Parece identificarse con la primera hipótesis que acabamos de preveer (núm. 453). Se debe, pues, suponer una simple promesa que se realizará más tarde.

La cuestión fué sometida á la comisión de la Cámara; fué resuelta negativamente. «No pudiendo la hipoteca resultar de una sentencia es evidente que el juez no puede ordenar la ejecución de la promesa á efecto de conferir un derecho hipotecario. Pero el acreedor está autorizado á reclamar inmediatamente el reembolso de la suma prestada (arts. 1188 y 1912, 2.º) En consecuencia el juez declarará que, por falta de consentimiento de hipoteca por acta regular en el plazo que fijara, el deudor estará obligado á reembolsar el capital prestado.» (2) La solución es muy exacta; sólo que el relator se expresa mal diciendo que el juez no puede ordenar la ejecución de la promesa; debe, al contrario, ordenarla, puesto que tal es el compromiso contraído por el deudor; pero como se trata de una obligación por hacer el juez debe agregar una condena eventual de daños y

1 Cloes, Comentario, t. II, p. 47, núms. 1012 y 1013.

2 Lelièvre, informe (Parent, p. 289). Véase, en este sentido, una sentencia del Tribunal de Marché de 24 de Febrero de 1855 (Cloes y Bonjeán, Jurisprudencia de los tribunales, t. IV, p. 910).



perjuicios si la promesa de hipoteca no está reemplazada, y el acreedor puede exigir el reembolso del crédito si la promesa de hipoteca es la condición del contrato principal (número 454).

§ VI.—DE LOS CONTRATOS DE HIPOTECA HECHOS EN EL
EXTRANJERO.

456. El art. 2128 del Código Civil dice que los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca en los bienes de Francia si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados. Este artículo ha sido vivamente criticado; la ley belga lo deroga; pero para ver el por qué de la derogación interesa precisar en qué sentido los contratos de hipoteca hechos en países extranjeros no *dan* hipoteca en bienes de Francia. Siempre ha sido de principio que los contratos hechos en el extranjero no eran ejecutorios en Francia; la ordenanza de 1629 lo decía: «Estos contratos, dice el art. 121, no tendrán ninguna hipoteca ni ejecución en nuestro Reino.» En cuanto á la fuerza ejecutoria el principio se funda en el derecho público. Los actos se ejecutan en nombre del Jefe del Poder Ejecutivo; luego en nombre de la soberanía nacional, y la soberanía de un Estado no tiene ningún poder en los demás Estados; es, pues, imposible que las actas declaradas ejecutorias en nombre de una soberanía extranjera reciban su ejecución en Francia. Es en este sentido en el que el Código de Procedimientos dice (art. 546): «Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por oficiales extranjeros no serán susceptibles de ejecución en Francia más que de la manera y caso previstos por los arts. 2123 y 2138 del Código Civil;» es decir, que se deben declarar ejecutorias por un tribunal francés, salvo disposición contraria que resultara de los tratados. El ar-

tículo 2128 aplicaba, pues, el derecho común en tanto que negaba fuerza ejecutoria á los contratos de hipoteca hechos en el extranjero; pero iba más lejos, declaraba que los actos de hipoteca hechos en el extranjero no conferían hipoteca en los bienes situados en Francia. Este es el principio que ha sido criticado y que en realidad no se justifica. Una acta de venta hecha en el extranjero transfiere la propiedad de los bienes situados en Francia: ¿por qué una acta de hipoteca que es una enajenación parcial no había de ser válida? No se puede decir que la hipoteca convencional es un contrato de derecho civil, puesto que depende completamente de la voluntad de las partes contratantes. No se puede uno prevalecer del carácter solemne de esta acta porque la solemnidad consiste en formas, y hay un principio universalmente admitido en materias de formas que están determinadas por la ley del país en que se hace el acta. (1)

Estas consideraciones comprometieron á los autores de la ley belga á admitir la validez de las actas de hipoteca hechas en el extranjero; (2) tal es el objeto del art. 77, que dice: «A falta de disposiciones contrarias en los tratados ó en las leyes políticas las hipotecas consentidas en países extranjeros no tendrán efecto, con relación á los bienes situados en Bélgica, más que cuando las actas que contengan la estipulación hayan sido investidas con la firma del presidente del tribunal civil de la situación de los bienes.» De este modo la ley belga deroga el Código Napoleón en lo relativo al efecto que reconocía á las actas hechas en el extranjero; tienen efecto en el sentido de que producen el derecho de hipoteca; es decir, que son válidas con tal que hayan sido pasadas en la forma auténtica, estando la autenticidad requerida para la existencia de la hipoteca. Es para comprobar que

1 Compárese Durantón, t. XIX, p. 551, núm. 362.

2 Informes de la comisión especial de la Cámara de Representantes y del Senado (Parent, ps. 40, 113 y 419).