

ciones sino de hechos. (1) Los hechos de que se trata en el caso son hechos jurídicos, y estos hechos pueden ser probados conforme á las reglas que el Código establece. No se debe sentar en principio que la prueba testimonial está siempre admitida y, por consiguiente, las presunciones y aun la fama pública. Todo depende del hecho jurídico que se trata de probar. La mujer reclama una indemnización de 10,000 francos por prenda de una obligación que suscribió en favor de su marido: ¿se dirá que la mujer se admitirá á probar su recurso por testigos? La negativa es evidente, pues se trata de un hecho jurídico: del pago que la mujer pretende haber hecho en virtud de la obligación que contrajo; luego no puede invocar el art. 1348 porque pudo y debió procurarse un recibo. Sólo cuando se trata hechos á los que la mujer no pudo concurrir es cuando puede prevalecerse de esta disposición. Así puede probar por testigos el hecho de que su marido recibió su dote. En cuanto á la prueba de fama pública es enteramente excepcional; en nuestro concepto la mujer no puede prevalecerse de ella más que en los casos terminantemente previstos por la ley. Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (2)

415. La ley acerca de las quiebras (arts. 559 y 560) trajo una excepción al derecho común. En caso de quiebra del marido la mujer no puede ejercer su hipoteca sino probando por inventario ó por cualquiera otra acta auténtica la entrega ó pago de sus aportes dotales. El peligro del fraude justifica esta excepción.

1 Grenier, Tratado de las Hipotecas, núm. 234 (t. I, p. 314 de la edición belga).

2 Compárese Martou, t. III, p. 14, núm. 886; Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 17, pfo. 264 ter.

ARTICULO 4.—Hipoteca legal del Estado, provincias, municipios y establecimientos públicos.

416. El art. 47 (Código Civil, art. 2121), que enumera las hipotecas legales, dice que los derechos y créditos á los que la ley concede hipoteca son los del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos en los bienes de los receptores y administradores responsables. Siempre se ha considerado al Estado con sus subdivisiones, así como á los establecimientos públicos, como á unos menores; es decir, como á incapaces que no pueden vigilar por sí mismos sus intereses; en consecuencia, la ley les da las garantías que no pueden estipular. Esta asimilación no es enteramente exacta. Es verdad que el Estado y los establecimientos públicos son seres ficticios; con este título se puede decir que no tienen capacidad de obrar y resguardar los derechos que tienen. Sin embargo, esta misma incapacidad es una especie de ficción. Hay una gran diferencia entre el Estado y los menores; éstos son naturalmente incapaces y tienen por representante un tutor que gira gratuitamente y que está sometido al contrato de un subrogado tutor y de un consejo de familia, cuya vigilancia es realmente ficticia. La ley hubo de intervenir en su favor si no sus derechos podrían perecer; no sucede lo mismo con el Estado; tiene por órgano unos funcionarios; es decir, hombres instruidos, experimentados, cuya existencia y porvenir dependen del celo que ponen en cumplir con sus deberes. El Código Napoleón tuvo en cuenta esta diferencia; á la vez que concedía al Estado y á los establecimientos públicos una hipoteca legal la sometía á la publicidad; mientras que la hipoteca de los menores era eficaz aunque no hubiera sido publicada. Según la ley belga todas las hipotecas legales deben ser inscriptas; á este respecto el Estado y los menores están en la misma línea. Bajo otro punto de

vista el Estado y los establecimientos públicos gozan de un derecho excepcional; su hipoteca es pública, pero no es especial en el sentido de la hipoteca de los menores; ya hemos dicho (núm. 258) cuál es el motivo de esta especie de privilegio. La hipoteca del Estado y de los establecimientos públicos no tiene que ser especificada por un acta que preceda la inscripción, pero la inscripción debe ser especial (art. 89). Además, el Estado puede tomar inscripción en todos los inmuebles de los responsables, sin que éstos tengan el derecho de promover la reducción por causa de exceso. El favor debido á los fondos públicos justifica esta derogación de la ley común. Hay todavía otra relativa á los bienes de las mujeres y de los responsables; volveremos á ella (núm. 420).

417. La hipoteca legal está concedida al Estado, á las provincias, á los municipios y á los establecimientos públicos. ¿Qué se entiende en esta materia por establecimientos públicos? El Código da ordinamente este nombre á las personas llamadas civiles que la ley encarga de un servicio público (art. 910); de modo que toda persona civil pública es un establecimiento público ó, como dice también la ley, un establecimiento de utilidad pública. ¿Basta que un establecimiento sea de utilidad pública para que tenga una hipoteca legal en los bienes de los que manejan sus fondos? La negativa está generalmente admitida, pero la dificultad está en determinar cuáles son los establecimientos que gozan de una hipoteca y cuál es el carácter con el que puede distinguirse lo que no goza de ella. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica que en el art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47) se entienda por establecimientos públicos sólo aquellos que, instituidos por la ley en interés común, dependen directamente de la autoridad pública, á cuya alta vigilancia están sometidos. (1) Esto es muy

1 Denegada, 7 de Junio de 1849 (Pasierisla, 1849, 1, 381).

vago y la definición no está tomada en los principios de la materia; hay que remontarse á la causa por la que la ley concede una hipoteca al Estado, á las provincias, á los municipios y á ciertos establecimientos públicos. Y este fundamento de la hipoteca y de los derechos especiales que están ligados á ella es el destino de los fondos que los responsables están encargados de percibir. Es porque son fondos públicos á cuya percepción está interesada la nación por lo que la ley sujeta á los responsables á una garantía especial, garantía que la ley no considera nunca excesiva aunque sobrepasara el monto de los créditos que el Estado puede tener contra sus deudores. Según esto se puede definir á los establecimientos públicos mencionados por el artículo 47: aquellos cuyos fondos están colocados en la categoría de fondos públicos; lo que depende de la gerencia de los contadores y del modo de contabilidad que les está impuesto. (1)

418. Hay una aplicación de este principio y al mismo tiempo una justificación en la sentencia de los consules de 19 Vendemiario, año XII. El art. 1.º dice: «Los recaudadores de los municipios y los recaudadores de hospitales y casas de caridad, de socorro y demás establecimientos de caridad, bajo cualquier nombre que se conozcan, estarán obligados á hacer bajo su responsabilidad todas las diligencias necesarias para el cobro de legados, etc., destinados al servicio de esos establecimientos. El art. 5 agrega: «Estando además dichos receptores ó recaudadores sometidos á las disposiciones de las leyes relativas á los *tienen que dar cuenta del tesoro público* y á su responsabilidad.» Hé aquí el carácter distintivo de los *que tienen que dar cuenta y de los establecimientos públicos* que caen bajo la aplicación del art. 47 (Código Civil, art. 2121); no basta con que el establecimiento sea público, no basta con que haya quienes tengan que dar

1 Aubry y Rau, t. III, p. 248, pfo. 264 *quater*.

cuenta, se necesita que el tesoro público y que los contadores estén sometidos á las leyes que rigen los funcionarios encargados de recibir y manejar los fondos públicos. Sólo bajo esta condición se pueden asimilar los establecimientos públicos al Estado y sus subdivisiones, las provincias y los municipios. Tales son los hospicios y los asilos de caridad. Son establecimientos municipales encargados de un servicio público, la caridad legal; sus fondos son públicos al mismo título que los del municipio ó del Estado; su destino es el mismo, porque la caridad legal es un servicio público como la instrucción ó la justicia. Siendo por esta razón por la que los que manejan los fondos de dichos establecimientos están sometidos á las leyes que rigen la contabilidad del Estado.

419. La aplicación de estos principios ha levantado dos cuestiones muy controvertidas. ¿Las cajas de ahorros y las fábricas de iglesias son establecimientos públicos en el sentido del art. 47? La primera cuestión no se presenta en Bélgica; la caja de ahorros, conforme á nuestra legislación, es un establecimiento del Estado; es el mismo banco, el Banco Nacional, el que está encargado de la caja de ahorros y del servicio de tesorero. En Francia no sucede así, las cajas de ahorros tienen un doble carácter; creadas por la iniciativa de particulares son al mismo tiempo establecimientos públicos, gozando este título de personalidad civil y llevando un cargo que es de verdadero interés general, puesto que el ahorro tiende á mejorar la condición material y moral de las clases obreras. La Corte de Amiéns, fundándose en que las cajas de ahorros son establecimientos públicos, juzgó que los cajeros estaban sometidos á la hipoteca legal en virtud del art. 2121 (1) (Ley Hipotecaria, artículo 47). Esta decisión fué casada. La Corte de Casación pronunció muchas sentencias sobre la materia; las referimos

1 Amiéns, 29 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 2, 306).

porque sirven para decidir la cuestión de principio: la de saber lo que se debe entender por establecimientos públicos en el art. 47, que reproduce el 2121 del Código Civil.

En una primera especie se trataba de una caja de ahorros fundada bajo el rubro y forma de sociedad anónima, lo que desde luego indicaba el carácter privado de la institución; no correspondía á los particulares formar un municipio, ni un hospicio, ni un asilo. Es verdad que dicha sociedad había sido aprobada por orden real en la forma de reglamentos de administración pública; por consecuencia, gozaba de todas las ventajas que las leyes dan á dichas instituciones, tales como las de colocar sus fondos en cuenta corriente el tesoro público y bajo su garantía en la caja de depósitos. Las cajas de ahorros también pueden recibir dones y legados; sin embargo, no forman *establecimientos públicos* en el sentido del art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47); en efecto, la autoridad pública no interviene directamente en su gerencia, no están sometidas á las leyes de contabilidad, á diferencia de las reglas establecidas para los municipios y hospicios; el servicio de la caja de ahorros se hace conforme á sus estatutos particulares que tienen presupuesto sometido á la autoridad superior; ningún modo particular está ordenado á sus acreedores para cubrir sus créditos. En fin, lo que es decisivo y que la Corte de Casación olvidó agregar: los fondos depositados en las cajas de ahorros no son fondos públicos y no están destinados á un servicio público. Luego no forman un establecimiento público en el sentido de la Ley Hipotecaria. (1) La sentencia que casó la decisión de la Corte de Amiéns agrega que apesar de la vigilancia que ejerce el Estado sobre las cajas de ahorros no han llegado á ser establecimientos del Estado porque no pres-

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Marzo de 1856, después de deliberación en Cámara de Consejo [Daloz, 1856, 1, 121].

tan un servicio público sino especial á los intereses privados que protegen en el límite de sus atribuciones. (1)

420. ¿Los establecimientos eclesiásticos, tales como fábricas, seminarios, capítulos, tienen hipoteca en los bienes de sus administradores contadores? En el derecho antiguo tenían personalidad civil en todos sentidos y gozaban también de una hipoteca legal. (2) Esto tendía á la alianza íntima, mejor dicho, á la fusión de la Iglesia y del Estado, resultando que todos los establecimientos de la Iglesia eran públicos. El Estado ejercía en ellos la misma autoridad que en los laicos. La revolución de 1789 comenzó la secularización de la Iglesia y nuestra constitución la ha completado, pero de un modo singular. La Iglesia no es un establecimiento público en el sentido de que no está subordinada al Estado; goza en este sentido de una jurisprudencia absoluta. Pero la Iglesia siempre es un establecimiento público en el sentido de que goza de la personificación civil y de las ventajas que le son inherentes. De aquí el carácter indeciso de dichos establecimientos. Nuestra Corte de Casación juzgó que las fábricas de Iglesia no son establecimientos públicos en el sentido del art. 47 (Código Civil, art. 2121) Es cierto, no obstante, y esto no fué contestado, que bajo muchos aspectos las fábricas están asimiladas á los establecimientos públicos y que están sometidas á las reglas que los rigen. ¿Por qué, pues, la Corte de Casación les negó el carácter de establecimientos públicos bajo el punto de vista de la hipoteca legal? Desde luego no se puede decir de las fábricas lo que acabamos de decir de los hospicios y demás casas de caridad: que tienen por objeto un servicio público; la caridad legal interesa á todos los ciudadanos, las fábricas sólo á una secta religiosa: la de los católicos; en este sentido están afectadas á un servicio privado, cuyo servicio, en

1 Casación, 8 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 278).

2 De Ghewiet, Institutos del derecho belga, 2.ª parte, tit. I, pfo. 3.

tanto que toque á la religión, es de interés general, siendo este doble sentido de las fábricas lo que hace difícil nuestra cuestión. Están establecidas por la ley, pero se recobran y perpetúan sin intervención de la autoridad, cuya comprobación regular no sufren. Hé aquí por qué la sentencia de 19 Vendimiario, año XII, relativa á los contadores de los municipios y á los asilos de caridad no menciona las fábricas. Las leyes posteriores al Código Civil no las mencionan antes; así la ley de 5 de Septiembre de 1867, que completa la disposición del mismo año que instituyó la oficina de glosa y somete á su jurisdicción los contadores del Estado, de los departamentos y de los municipios, guarda silencio respecto á las fábricas. Lo que es más notable y, en nuestro concepto, decisivo es que el decreto de 30 de Diciembre de 1809 sobre las fábricas de iglesias no dice de la hipoteca legal, aunque arregla de una manera detallada y completa, los deberes de los tesoreros y las seguridades que se toman á su respecto; si la hipoteca legal recae en los tesoreros sería inútil fiarse de las garantías; no serían necesarias porque las fábricas no tenían hipoteca en los bienes de sus contadores. Es la única explicación que se podría dar del silencio que guarda el decreto de 1809, cuando el decreto de 15 de Noviembre de 1821, relativo á la universidad, tiene el cuidado de recordar el art. 2121. La diferencia que la ley establece entre los contadores de las fábricas y los de establecimientos de caridad se explica por las disposiciones relativas al nombramiento de tesoreros; se escogen entre las personas más notables de la parroquia; sus funciones son de corta duración y ordinariamente no reciben sueldo. (1)

421. La hipoteca legal del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos grava los

1 Denegada, 7 de Junio de 1849 y la requisitoria del Abogado General Dewandre [Pasicrisia, 1849, 1, 362]. Compárese, en sentido diverso, Aubry y Rau, (t. III, p. 249, nota 5) y los autores que citan, y Cloes, t. II, p. 150, nota 1.

bienes de los receptores y administradores contadores. ¿Qué se entiende por contadores? Todos los administradores de fondos no son contadores. Tarrible ha establecido muy bien el principio que sirve para distinguir aquellos cuyos bienes están gravados por la hipoteca. (1) Hay, dijo, en la administración de hacienda funcionarios que manejan realmente los fondos públicos; hay otros que sólo dirigen la entrada y el empleo del dinero sin manejarlo ellos mismos. Los primeros son sólo contadores y sometidos á la hipoteca legal, los demás no están sujetos á ella. La distinción resulta de la definición que Ferrière da de los contadores: son aquellos que manejan los fondos públicos ó del Rey. La ley de 16 de Septiembre de 1807 acerca de la contabilidad ha consagrado la tradición; resulta de ella que el verdadero contador es aquel que recibiendo el dinero ó empleándolo maneja realmente estos fondos; que con este título está sometido á la jurisdicción de la contaduría de glosa. En cuanto al que dirige las entradas ó su empleo, es decir, el que ordena, no es contador, y la contaduría de glosa no tiene en él ninguna jurisdicción, aunque se hiciera culpable de prevaricaciones. Lo que decimos de los contadores del Estado se aplica naturalmente á los que manejan fondos de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos.

422. Según el art. 48 (Código Civil, art. 2122) la hipoteca legal del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos se extiende á los bienes actuales y futuros del contador. Es, pues, general en el sentido de que el acreedor puede tomar inscripción en todos los bienes del deudor; sólo que la ley exige que las facturas que presenta al conservador contengan la indicación de los inmuebles del contador (art. 89; Código Civil, artículo 2153). Estas inscripciones no pueden ser reducidas á pe-

¹ Tarrible, en el Repertorio de Merlin, en la palabra Hipotecas, sec. II, párrafo III, art. 4.

dimento del deudor, como lo permite la ley para la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas. Ya hemos dicho cuál es la razón (núm. 258).

El art. 48 agrega que esta hipoteca se extiende á los bienes futuros de la mujer del contador. ¿Por qué la hipoteca grava bienes que no pertenecen al deudor? Es porque la ley ha temido el fraude. Para substraer sus bienes á la hipoteca con que la ley los grava el contador hubiera podido, de complicidad con su mujer, comprarlos en nombre de ésta; el fraude es tan fácil que la ley lo presume, lo que dispensa al acreedor del fardo de la prueba, siempre difícil, pues es más fácil defraudar que probar el fraude. Sin embargo, esto sólo es una presunción que admite la prueba contraria. La mujer está admitida á probar que adquirió los bienes, ya sea á título de sucesión ó de donación, lo que excluye toda posibilidad de fraude, ya sea á título oneroso con su propio dinero; esta prueba, si la puede dar la mujer, destruye la presunción del art. 48, pues la ley presume que la mujer compró sus bienes con el dinero del marido y por cuenta de éste. De esto se sigue que la presunción legal no es aplicable en el caso en que la adquisición hubiera sido hecha por la mujer antes que su marido fuera llamado á funcionar de contador.

SECCION III.—De las hipotecas convencionales.

§ I.—DEFINICION.

423. Según el art. 44 (Código Civil, art. 2117) «la hipoteca convencional es la que depende de las *convenciones* y de la forma exterior de las actas y contratos.» Es, pues, necesario, para que haya hipoteca convencional, que esté establecida por una convención. El contrato que constituye la hipoteca es independiente de la obligación para cuyo pago fué concertada. Sin duda la hipoteca convencional, co-