

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-

mo todas las hipotecas, es accesorio de una obligación principal; pero de esto hay que cuidarse de concluir, como lo han hecho, que se confunde con esta obligación á tal punto de tomar su misma naturaleza. Todo cuanto resulta del carácter accesorio de la hipoteca es que no puede existir sin que haya una obligación que está destinada á garantizar; además, la obligación principal puede no ser convencional, puede resultar de un cuasicontrato, de un delito ó de un cuasidelito, mientras que la hipoteca convencional no se concibe sin contrato. Aunque la obligación principal sea convencional difiere también de la hipoteca establecida por convención. Esta, según la definición que la ley da de ella, depende de la forma exterior de las actas y de los contratos; mientras que las obligaciones convencionales para cuya garantía fué estipulada la hipoteca no están sometidas á ninguna forma; es ordinariamente un préstamo, contrato no solemne como todos aquellos de que trata el Código á partir de la venta. Así la obligación principal puede constar por escrito privado, no sirviendo éste más que de prueba; no sucede lo mismo con el contrato accesorio: la hipoteca convencional no puede ser consentida más que por acta auténtica. Si, pues, las partes quieren redactar una sola acta para hacer constar la convención principal y constituir la hipoteca tendrán que levantar una acta auténtica; de modo que el accesorio domina en este caso lo principal. Pero pueden también hacer sus convenciones por actas separadas; mejor dicho, la convención principal no tiene que ser acta, pero la hipoteca siempre se consiente por acta notariada; la autenticidad es de su esencia.

424. Reina en esta materia tanta incertidumbre y, en nuestro concepto, tantos errores que nos vemos obligados á insistir en estas nociones puramente elementales, porque se cuenta hasta el principio que acabamos de establecer; es, pues, necesario probar, primero, que la hipoteca es un con-

trato y, en segundo lugar, que es un contrato solemne. El Código distingue dos clases de contratos: los sinalagmáticos y los unilaterales; pero es de esencia de todo contrato que haya concurso de consentimientos. Mientras que una de las partes consiente sola sólo hay una simple oferta, lo que se llama un derecho de póliz; es necesario que esta oferta esté aceptada para que se forme un contrato, y éste no existe sino á partir de la aceptación. Traducimos á lo dicho en el título *De las Obligaciones Convencionales* acerca de este punto (tomo XV, núms. 468-481). Estos principios reciben su aplicación á la hipoteca convencional; forma un contrato unilateral, puesto que el deudor sólo se obliga; el acreedor no contrae ninguna obligación, estipula la seguridad real: esta es la condición bajo la que contrata; el deudor consiente; es por este concurso de consentimientos por lo que se establece la hipoteca.

Los textos, los principios, la tradición, el espíritu del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, concurren para establecer este principio, que es tan fundamental como elemental. Según el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. ¿Qué es lo que caracteriza estas tres especies de hipotecas? La hipoteca legal resulta de la ley sola, no exige ningún consentimiento de las partes interesadas; el acreedor es incapaz de estipularla ó incapaz de renunciarla, y el deudor no puede oponerse á que sus bienes queden gravados por ella: todo sucede sin la voluntad de las partes interesadas y, en caso necesario, apesar de ellas. No sucede así con la hipoteca convencional; *depende de las convenciones*, dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117). Esto es decir de un modo enérgico que sin convención no puede haber hipoteca convencional; la palabra misma lo dice. Y no hay convención sin concurso de consentimientos; no basta que el deudor consienta en gravar su inmueble con una hipoteca, es necesario que el acreedor, por su parte, consien-

ta para que se forme el contrato; si el acreedor no está presente en el acto por el que el deudor constituye la hipoteca tiene que aceptar, y sólo con esta aceptación es como se perfecciona el contrato y que la hipoteca existe.

Esto es el texto. ¿Qué dicen los principios? La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, una enajenación parcial. Para que la propiedad esté desmembrada es necesario que haya un acreedor en favor del que el deudor consienta en enajenar parte de su derecho de propiedad, y es necesario que el acreedor acepte esta transmisión parcial de la propiedad. ¿Se concibe que la propiedad entera esté transferida sin el concurso de consentimientos de aquel que transmite la cosa y del que la adquiere? No se concibe tampoco que una fracción de propiedad esté transferida sin que el acreedor la adquiera; ¿y puede adquirirla sin el consentimiento suyo? Si no ha consentido ó aceptado sólo hay una oferta, una policitación; el deudor que la hizo podría retirarla, puesto que sin aceptación no hay ningún lazo entre él y el acreedor. ¿No es esta la situación de las partes cuando el deudor constituye una hipoteca? El acreedor no trata más que bajo esta condición; el deudor se obliga á procurar esta seguridad al acreedor; éste debe aceptarla, y al aceptar liga al deudor; éste no puede hacer nada que perjudique el derecho que el acreedor adquirió; si por su hecho disminuye las seguridades que *por contrato* dió á su acreedor pierde el beneficio del plazo. Esto es lo que dice el art. 1188; esta disposición prueba á la vez que la hipoteca es una seguridad contractual y que el contrato engendra una obligación á cargo del deudor y un derecho en favor del acreedor: ¿cómo había de hacerse sin concurso de voluntades?

Tales son los principios. Escuchemos ahora la tradición. En el derecho antiguo la hipoteca estaba ligada á todo contrato pasado en forma auténtica ante notario; la hipoteca

se confundía con la convención principal, y resulta que es esencialmente convencional; sin concurso de consentimientos no hay convención principal; por tanto, no hay hipoteca. En la teoría tradicional la cuestión que discutimos ni siquiera hubiera podido presentarse. Sólo algunas costumbres consideraban la hipoteca como un contrato distinto: eran las costumbres del empeño. Y nuestra Ley Hipotecaria procede de estas costumbres; importa, pues, recordar cómo se consideraba la hipoteca en nuestro derecho antiguo. Ya lo hemos dicho: se seguían para la hipoteca convencional las condiciones y formas que la tradición había consagrado para la transmisión de la propiedad inmobiliar; es decir, que el deudor se desposeía del derecho que entregaba al acreedor; de ahí las formalidades de la *desposesión* y de la *posesión*. (1) Esta es la expresión exacta de los principios que acabamos de exponer. El deudor que constituye una hipoteca enajena una parte de su derecho de propiedad; se *desposee*, pues. ¿Basta esto para que la hipoteca exista en favor del acreedor? Nó, así como la *desposesión* del vendedor no basta para que la propiedad esté transmitida al comprador. Es necesario, además, que el acreedor *entre en posesión* del derecho de que se despoja el deudor en su favor, como es necesaria la posesión para que el comprador adquiera la propiedad de que se desprende el vendedor en su provecho. Así, consentimiento del deudor y consentimiento del acreedor, tales son las condiciones exigidas por las costumbres del empeño para que haya hipoteca convencional. Sin embargo, ya en el derecho antiguo los prácticos habían imaginado una constitución de hipoteca que se hacía por sólo la voluntad del deudor; mejor dicho, sin el concurso de voluntades. El Presidente Favre,

1 Merlín, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. I (t. XIII, página 411).

aquel rudo adversario de los prácticos, decía que era monstruoso, es decir, soberanamente absurdo, decir que una hipoteca convencional puede existir sin convención. (1)

¿Acaso han consagrado semejantes enormidades los autores del Código Civil? El texto del art. 2117? (Ley Hipotecaria, art. 44) parece concebido á propósito para repudiar el error que el Presidente Favre había atacado; ¿sí, como la ley lo dice, la hipoteca convencional *depende de las convenciones* cómo existiría sin convención? Oigamos al Orador del Gobierno. Hé aquí como explica la definición del artículo 2117 en la Exposición de los Motivos: "*Dos personas que tratan se dan respectivamente en una acta auténtica seguridades para la garantía de sus convenciones; esta es la hipoteca convencional.*" (2) *Se dan respectivamente*: esto bien quiere decir que el acreedor estipula la garantía y que el deudor la promete. Luego la hipoteca no existe más que por el concurso de *dos partes que tratan*. Bajo el imperio del Código había controversia, como lo vamos á decir, acerca del punto de saber si la hipoteca era válida cuando el deudor comparecía solo ante el notario para declarar que había recibido tal suma á título de préstamo y que daba tal bien en hipoteca como garantía de su obligación. La comisión especial que preparó el proyecto de ley examina la cuestión en su informe y decide que la hipoteca así establecida sería nula. En efecto, dice, la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta no puede tener existencia sino á consecuencia de la aceptación, comprobada auténticamente, del acreedor. La comisión agrega que la ley sólo reconoce las hipotecas legales, testamentarias y convencionales; no reconoce una cuarta clase de hipoteca voluntaria por parte del deudor solo. (3) Esto es muy justo; una hipoteca con-

1 Faber, *De erroribus pragmaticorum*, década I, error 1.

2 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loaré, t. VIII, p. 241).

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

stituida por el deudor solo no puede ser calificada de convencional sin monstruosidad, como dijo el Presidente Favre; sería, pues, otra hipoteca que la hipoteca convencional; ¿y dónde está el texto que consagra esta cuarta hipoteca? ¿Habría, pues, una hipoteca que la ley no conoce! Esto puede, con justo título, llamarse una monstruosidad.

425. Sin embargo, el error que el Presidente Favre trataba de monstruoso se ha perpetuado; se enseña y se sentencia en este sentido. Uno de los comentadores de nuestra Ley Hipotecaria declara que no le puede mucho el argumento de la comisión especial que acabamos de relatar. De que la ley sólo reconoce tres clases de hipotecas no se puede concluir, dice, que la que resulta de la voluntad unilateral del deudor no sea una hipoteca convencional, puesto que el acta de constitución de una hipoteca puede ser una acta unilateral y no requiere el *duorum in unum placitum consensus*. ¿Quiere decir que la hipoteca constituida por el deudor sólo es una convención unilateral y no exige, por consiguiente, el concurso de voluntades del deudor y del acreedor? Si tal es el pensamiento del autor se equivoca seguramente, pues el concurso de voluntades es necesario para todo contrato. Así es en la donación, que es un contrato unilateral; lo que no impide que sólo exista por la aceptación del donatario; lo que, además, tiene que ser notificado al donante. El autor que combatimos agrega que la ley belga reconoce la hipoteca testamentaria, lo cual resulta de la sola voluntad del testador; pudo, pues, dice, admitir también una hipoteca establecida en la sola voluntad del deudor; la hipoteca es convencional en el sentido de que la voluntad del deudor es necesaria para constituirla por oposición á la hipoteca legal que existe sin la voluntad del deudor. (1) Esta comparación nos parece poco concluyente. Desde luego no es exacto decir que la hipoteca tes-

1 Cloes, Comentario, t. III, p. 45, núms. 70 y 71.