

295); los procedimientos largos son inútiles en una materia en que todo depende de las noticias de hecho que el parecer de los parientes ministrará al tribunal.

¿Se pregunta cómo se dará este aviso? El Código Civil (art. 2144) quería que los cuatro parientes más cercanos se reunieran en consejo de familia. Como el art. 72 no reproduce esta formalidad no se puede exigirla; el tribunal puede limitarse á interrogar á los parientes ó decidir que den su opinión por escrito; esto simplifica el procedimiento y disminuye los gastos. (1)

El art. 72 agrega que si no hay pariente en la extensión de dos miriámetros el tribunal recogerá la opinión de tres personas conocidas por tener con la mujer ó su familia relaciones de amistad. Esta disposición está tomada del artículo 409 del Código Napoleónico. Implica que los parientes deben presentarse personalmente en la audiencia. Nos parece que esto es una dificultad de hecho, cuya solución debe dejarse al tribunal. Si éste quiere conformarse con una opinión escrita, y si cree que esto es suficiente, ¿para qué obligarle á consultar á amigos que pueden ignorar los intereses de la mujer?

Se entiende que la opinión de los parientes no liga al tribunal; sin esto fuera inútil oír al Ministerio Público. Esto es, además, el derecho común; las opiniones, experticias é instrucciones tienen por objeto ilustrar á los jueces, lo que deciden después con entera libertad.

409. El art. 72 dispone que el tribunal estatuirá después de haber oído al Procurador del Rey y contradictoriamente con él. Es decir, que el Ministerio Público es parte en la causa; representa á la mujer en su opinión, puesto que la ley no exige que ésta se ponga en causa. Lo mismo pasa cuando el tribunal estatuye acerca de la hipoteca del menor. Traducimos á lo dicho acerca del art. 51 (núm. 296).

1 Martou, t. III, p. 54, núm. 945. En sentido contrario, Beckers, núm. 166.

410. La ley no habla de la apelación; se está, pues, bajo el imperio del derecho común. Como el Ministerio Público es parte en la causa podrá interponer apelaciones y casación; todo como en materia de tutela (núm. 296).

411. ¿Cuál es el efecto de la reducción? Debe aplicarse á la hipoteca de la mujer lo que hemos dicho de la del menor. No es la hipoteca la reducida ó borrada, es la inscripción; resulta que la hipoteca deja de ser eficaz, pero subsiste, puesto que la ley la establece. Por consiguiente, la mujer podría adquirir nuevas inscripciones, si há lugar, con la autorización del presidente del tribunal; se entiende que en virtud de nuevas causas.

412. No debe confundirse la acción de reducción de que acabamos de hablar con la acción entablada por el marido después de la enajenación de un inmueble gravado por la hipoteca legal con objeto de que se fije la cifra de las devoluciones de la mujer y de hacerla colocar por el monto de sus devoluciones. No se trata en este caso de *reducir la hipoteca de la mujer* sino de determinar el monto de los derechos que tiene por ejercer contra el marido. Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de Orleans. El marido vende un dominio en 200,000 francos; el acta se transcribe y el adquirente llena las formalidades prescriptas para la purga. La mujer del vendedor toma inscripción por una suma de 150,000 francos haciendo parte de la dote aportada cuando el contrato de matrimonio y por una suma de 75,000 francos que había recogido durante el matrimonio por sucesión ó donación. Acción del marido tendiendo á que la mujer justifique sus derechos; el marido pretendía que estos derechos sólo llegaban á 125,000 francos y que la inscripción de la mujer debía ser cancelada por todo lo que excedía de esta suma. La mujer opuso á la admisión de la demanda porque el marido descuidara cumplir las formalida-

des prescriptas por el art. 2144 (Ley Hipotecaria, art. 72) para la reducción de la hipoteca legal. Esta excepción fué desechada. La demanda, dice la Corte, no tenía más objeto que el de apremiar á la mujer para que justificase la cifra de sus devoluciones ó las mandara fijar en justicia y que se le colocara después en el precio del inmueble vencido. Otra es la demanda de reducción que tiene por objeto limitar la inscripción á las garantías necesarias á la conservación de los derechos de la mujer. (1)

§ IV.—DE LA PRUEBA DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS
POR LA HIPOTECA.

413. La ley da á la mujer una hipoteca para la garantía de sus derechos y créditos. Esta hipoteca debe estar especificada é inscrita. Supondremos que estas formalidades fueron llenadas. ¿Resultará que la mujer tiene una hipoteca hasta concurrencia de las sumas por las que habrá tomado inscripción? Nó, seguramente. Sólo hay hipoteca cuando existe una obligación principal; si la existencia de esta obligación está contestada la mujer tiene que probarla, puesto que es demandante, y la especificación é inscripción no son pruebas suficientes. En el caso que acabamos de relatar la mujer pretendía ejercer su hipoteca por las sumas dotales de 225,000 francos, mientras que el marido sostenía que sus devoluciones sólo llegaban á 125,000 francos. La mujer invocaba su contrato de matrimonio; pero sucede cada día que la dote constituida no está pagada ó no lo es íntegramente, y la especificación de la hipoteca, aunque el marido concurra en ella, no prueba el pago de la dote; en efecto, la hipoteca debe ser especificada antes del matrimonio para la dote de la mujer, aunque el pago sólo se haga durante el matrimonio. Con más razón sucede así

1 Orleáns, 29 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 99).

cuando se trata de derechos eventuales, tales como las sumas dotales que la mujer percibe durante el matrimonio. Si la inscripción fué tomada por este punto es necesario que la mujer pruebe, además, cuál es el monto de las sucesiones y donaciones que recogió, y debe también probar que el marido recibió estas sumas dotales. No sólo es el marido quien tiene interés y derecho en contestar las demandas de la mujer, son también, sobre todo, los terceros acreedores. El marido puede estar y amenudo está en desacuerdo con la mujer para mejorar á ésta á expensas de los acreedores; éstos admitirán á probar que la constitución de la dote está simulada y que el recibo entregado por el marido es ficticio. (1)

414. La única dificultad en esta materia está en saber cómo se hará la prueba. Como la Ley Hipotecaria no habla de ello se atiene uno por esto mismo al derecho común tal cual lo hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*. Nada hay más difícil que la teoría de las pruebas, y la aplicación suscita todos los días nuevas dudas. Según algunos autores se creería que no hay principios seguros en lo que toca á la prueba que tiene que dar la mujer. Así Grenier dice "que esta clase de negocios depende mucho de las circunstancias y no tiene reglas muy fijas." Estas son las palabras de Denisart. Esto era verdad en el derecho antiguo, en que todo era inseguro, pero no lo es seguramente bajo el imperio de un Código que traza reglas seguras acerca de las pruebas. Grenier dice después que la justicia debe venir en auxilio de la mujer que no pudo procurarse una prueba literal. Sin duda, pero esto sólo es verdad en los casos previstos por la ley. Si Grenier hubiera consultado la ley no hubiera dicho que la mujer está siempre admitida á la prueba testimonial, porque se trata no de *conven-*

1 Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 16 y las autoridades que citan.



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. Traducimos 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. 836; 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 entienden 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 (Pasicrisia, 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.