

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 (Dalloz, 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 [Dalloz, 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 (Dalloz, 1856, 1, 278).

2 De Ghewiet, Institutos del derecho belga, 2.ª parte, tít. 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-

<sup>1</sup> 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 concede 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 contenta 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 é 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,

<sup>1</sup> Merlin, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. I (t. XIII, página 411).