

una consecuencia del relajamiento ó de la ruptura del lazo conyugal; no es este el objeto que la mujer se propuso. No obstante, creemos que el principio del art. 47 debe recibir su aplicación: es como mujer casada como la demandante intenta la acción, y la sentencia que obtiene se ejecuta en los bienes del marido en lo que se refiere á los gastos. Esto es decisivo. No hay que limitar la protección que la ley concede á la mujer cuando entendió darle una garantía para todos los derechos que tiene contra su marido. (1)

§ II.—DE LOS BIENES GRAVADOS CON LA HIPOTECA LEGAL.

364. Las mujeres casadas tienen, así como los menores é interdictos, una hipoteca que es á la vez general y especial. Es general, pues según el art. 47 recae en los bienes del marido, sin ninguna restricción; luego en sus bienes presentes y futuros. Es especial, puesto que la ley quiere que esté especificada, ya por el contrato de matrimonio, ya durante el matrimonio, por orden del presidente. La especificación tiene por objeto limitar la inscripción á los inmuebles necesarios para dar á la mujer una garantía completa. Cuando se hace por el contrato de matrimonio el marido puede resguardar sus intereses él mismo, puesto que es parte en el contrato. Cuando es el presidente quien especifica la hipoteca el marido no concurre á esta especificación, pues si la inscripción requerida por la mujer es excesiva puede pedir su reducción. Por contra la mujer puede, durante el matrimonio, requerir una inscripción suplementaria y aun una primera inscripción en los bienes que el marido adquiere después de celebrado el matrimonio; en este sentido los bienes futuros del marido están sometidos á la hipoteca de la mujer. Pero no puede haber inscripción en estos bienes sino

1 Véanse, sobre las costas en general, Aubry y Rau, t. III, p. 218, notas 9 y 12, pfo. 264 *ter*; Pont, t. I, p. 463, núm. 439, y las notas 2 y 3, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 892 y 893.

después que el marido los haya adquirido; así el marido no podría, cuando el contrato de matrimonio, pedir que se hiciera la inscripción en sus bienes venideros. Se ha propuesto darle este derecho: esto era volver al sistema del Código Civil que el legislador belga quiso modificar. Para que la hipoteca legal de la mujer esté pública es necesario que la inscripción dé á conocer á los terceros cuáles son los bienes del marido que tienen gravamen y cuáles están libres; por consiguiente, la hipoteca debe ser especificada en cuanto á los bienes, y sólo puede serlo si está establecida en los bienes que pertenecen al marido cuando el acta que la especifica. (1)

365. La ley dice que la mujer tiene hipoteca en los bienes del marido. Síguese de esto que si el marido está en sociedad y que la sociedad posee inmuebles estos bienes no están gravados con la hipoteca de la mujer ó quedan gravados según que la sociedad forma ó no persona civil. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De la Sociedad*; la aplicación no presenta ninguna dificultad. La ley declara que las sociedades de comercio son personas civiles; es, pues, la sociedad como cuerpo moral la que es propietaria de los inmuebles que posee; por tanto, la mujer no tiene hipoteca en estos inmuebles, pues el marido asociado no tiene en ellos ningún derecho, ni siquiera el de copropiedad. (2) Pasa de otro modo con las sociedades civiles; en la opinión que hemos enseñado estas sociedades no forman personas civiles; por tanto, los bienes pertenecen á los asociados; están, por consiguiente, gravados de hipoteca legal en favor de la mujer, como todos los bienes indivisos de los que el marido es propietario.

1 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, pá. 331 y 332].

2 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 774 y 935. Debe agregarse Denegada, 29 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).

366. El marido puede enajenar ó hipotecar la propiedad que tiene en una herencia ó cualquiera otra masa indivisa; por consiguiente, esta propiedad queda también gravada con hipoteca legal en favor de la mujer, salvo la aplicación del principio del art. 883. Si cuando la partición el inmueble no cae en el lote de su marido se desvanece la hipoteca, puesto que el inmueble se considerará como no haber sido nunca propiedad del marido. Por contra, si el inmueble se pone en su lote el marido se considerará como haber sido propietario exclusivo; por tanto, la mujer tendrá una hipoteca en todo el inmueble. Queda por saber cuáles son las actas que la ley considera como una partición; trasladamos, en este punto, á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones*. (1)

367. Según el art. 2125 (Ley Hipotecaria, art. 74) «los que sólo tienen en un inmueble un derecho pendiente de una condición, ó resoluble en ciertos casos, ó sujeto á rescisión, no pueden consentir más que una hipoteca sometida á las mismas condiciones ó á la rescisión.» Este principio se aplica también á la hipoteca legal. Si el marido es propietario bajo condición suspensiva la mujer puede tomar inscripción, pero su derecho quedará suspendida por la misma condición, y si ésta es resolutoria su derecho se desvanecerá si la condición llega á realizarse. Hay dos casos en los cuales el Código Civil deroga este principio. El derecho de restitución estipulado por el donante es una condición resolutoria; no obstante, cuando la condición se cumple la hipoteca de la dote y de las convenciones matrimoniales subsiste en el caso en que la donación ha sido hecha en el mismo contrato de matrimonio del que resulta la hipoteca; pero ésta no puede ser ejercida contra el donante más que

1 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 938 á 940. Debe agregarse Angérs, 27 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 152).

si los demás bienes del esposo donatario no bastan para garantizar los derechos de la mujer (art. 952). Hay una segunda excepción en materia de substitución: cuando ésta se abre en favor de los llamados los derechos consentidos por el gravado quedan resueltos; sin embargo, la mujer del gravado conserva una hipoteca subsidiaria en los bienes por devolver, en caso de insuficiencia de los bienes libres, para el capital del dinero dotal si el testador lo ordenó así (art. 1054). Estas disposiciones anómalas dan lugar á muchas dificultades; ya las hemos examinado en el título *De las Donaciones y Testamentos*. (1)

368. ¿La mujer común en bienes puede tomar inscripción en las gananciales? Esta cuestión está muy controvertida. A primera vista sorprende. El art. 47 (Código Civil, art. 2121) dice que la mujer tiene una hipoteca legal en los bienes del marido, y cuando los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad la ley distingue los propios del marido, que son sus bienes, y los bienes de la comunidad, que llevan el nombre de gananciales y de los que la mujer es copropietaria: ¿puede la mujer tener una hipoteca en bienes de que es copropietaria? Sin embargo, la afirmativa prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia, y en principio no nos parece dudosa. Se lee en una sentencia de la Corte de Lieja: «El marido, según la expresión de las antiguas costumbres, es señor y dueño de los bienes de la comunidad; es, pues, con justo título como la doctrina y la jurisprudencia aplican la hipoteca legal de la mujer á las gananciales tanto como á los propios del marido.» (2) Se objeta, pues todos están controvertidos en estos debates, que el Código Civil no dice que el marido sea señor y dueño de la comunidad. (3) Esto es verdad, pero el Código no

1 Compárese Valette, pá. 248 y siguientes.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 225, nota 29, pfo. 264 ter.

3 Véase, en este sentido, Valette, ps. 251 y siguientes.

reproduce la fórmula, reproduce la cosa; en efecto, según el art. 1421 el marido puede vender los bienes de la comunidad, puede hipotecarlos sin el concurso de la mujer. Esto es seguramente la señoría que nuestras costumbres reconocían al marido, jefe de la comunidad. Si puede enajenar ó hipotecar es propietario, los bienes están en su dominio; luego son, como suena, los bienes del marido, y, como tal, deben estar gravados por la hipoteca legal. No se puede contestarlo sin llegar á una extraña anomalía: los bienes que pueden ser hipotecados por convención pueden también ser hipotecados por la ley; ¿por qué singular excepción tendría el marido el derecho de hipotecar las gananciales sin que la ley tuviera el derecho de gravarlas con hipoteca?

369. Pero si el principio es incontestable la aplicación del principio no deja de tener dificultades. Debe desde luego distinguirse si las gananciales en las que la mujer tomó inscripción han sido ó no enajenadas ó hipotecadas. Suponemos, primero, que los bienes se hallan libres y se encuentran aún en la masa común cuando la disolución de la comunidad. La mujer puede aceptar ó renunciar. Si acepta los inmuebles están comprendidos en la partición. Si se ponen en su lote la hipoteca cae, no pudiendo la mujer tener hipoteca en su propia cosa; además, por efecto de la partición (art. 883) el marido está considerado como no haber tenido nunca ningún derecho en los bienes puestos en el lote de su mujer; estos bienes no fueron nunca suyos; luego nunca pudieron ser gravados con hipoteca legal de la mujer. Si, por el contrario, los bienes caen en el lote del marido siempre fué propietario de ellos; los bienes en los que la mujer tomó inscripción son los bienes del marido, en virtud del texto terminante del art. 883; luego están gravados con la hipoteca de la mujer. En este punto no podría haber duda seria. La mujer puede también renunciar: aquí comienza la duda. ¿Cuál es el efecto de la renuncia? Es

que la mujer renunciante deja de ser mujer común y, en realidad, no lo fué nunca. Si el principio es verdadero decide la cuestión. El marido siempre fué propietario de los bienes de la comunidad, estos bienes siempre fueron suyos; la consecuencia es evidente; no hay ya diferencia entre los propios y las gananciales: se confunden en un solo y mismo patrimonio y, por consiguiente, las gananciales, como los propios, están gravados por la hipoteca legal de la mujer. Se hacen objeciones que vamos á encontrar en la hipótesis en que la mujer está en concurso con un tercer adquirente ó con un acreedor hipotecario. En la hipótesis que examinamos por ahora la mujer sólo está en conflicto con los acreedores quirografarios del marido; y la mujer puede oponerles su hipoteca legal como los acreedores hipotecarios del marido pueden oponerles su hipoteca convencional. En este punto reina el acuerdo. (1)

370. La cuestión que discutimos sólo se hace dudosa cuando el marido enajena ó hipoteca los bienes en los que la mujer tomó inscripción. Hay que distinguir de nuevo si la mujer acepta ó renuncia. Se admite generalmente que si la mujer acepta la hipoteca cae, mientras que subsiste si la mujer renuncia. La solución depende del punto de saber cuál es el efecto de la aceptación y de la renuncia; los mismos principios están controvertidos.

Cuando la mujer acepta es definitivamente asociada y lo fué siempre. Como socio se la considera como haber concurrido en los actos que el marido ha hecho durante la comunidad. ¿Cuál es el efecto de este concurso en lo relativo á la hipoteca legal? Se supone que el marido enajenó el inmueble en el cual la mujer tomó inscripción. Si realmente la mujer había concurrido á la venta como parte en el contra-

1 Danegada, Sala Civil, 1.º de Agosto de 1848 [Dalloz, 1848, 1, 189]. Valette, p. 252, 1.º Pont, t. I, p. 559, núm. 521.

to este concurso habría tenido por efecto la renuncia de la mujer á su hipoteca, mejor dicho, á su inscripción hipotecaria con relación al adquirente, lo que es la aplicación del art. 71 de que tratamos. Este primer punto no fué contestado; arrastra, en nuestro concepto, la decisión del asunto. En efecto, la aceptación de la mujer equivale á su concurso; aceptando la comunidad acepta todos los actos del marido como asociada, se la considera como haber figurado en todos esos actos como parte, luego en el que el marido enajenó el ganancial en lo que había inscripto; por tanto, no puede oponer su hipoteca al adquirente. ¿Se dirá que esta argumentación es una ficción y que no hay ficción sin ley? Es verdad que no hay texto que diga que á la mujer aceptante se la considera como haber concurrido á los actos de su marido, pero no era necesario el texto porque no se trataba de una ficción sino, al contrario, de la realidad. La mujer aceptante es asociada, siempre lo ha sido, y en la sociedad que se llama comunidad la mujer está representada por el marido; mejor dicho, la absorbe; todo lo que hace está hecho por la sociedad que se concentra en el marido; basta, pues, que el marido enajene un ganancial para que la mujer aceptante se considere vendedora con su marido; esto es tan cierto que la mujer es garante, al menos por mitad; según otros, por todo. De cualquier modo que sea no invocamos la garantía, invocamos el concurso de la mujer al acta, que no se podría contestar, y desde que forma parte en ella renuncia tácitamente á prevalecerse de su hipoteca contra el tercero adquirente. Lo que decimos de la enajenación se aplica á la hipoteca; la mujer que concurre al acta por la que el marido hipoteca el ganancial renuncia al beneficio de su inscripción en favor del acreedor hipotecario, y cuando acepta es parte en el acta, ha concurrido. Lo que decide la cuestión. (1)

1 Aubry y Rau, t. III, p. 226, nota 21, pfo. 264 *ter*, y en sentido diverso

371. Contrariamente la mujer que renuncia se la considera como nunca haber estado en común de bienes; jamás ha estado asociada, no se puede decir que haya concurrido á los actos del marido; éste ha dispuesto de los bienes de los que, á consecuencia de la renuncia, era propietario exclusivo, como habría dispuesto de uno propio; no hay ninguna diferencia entre los propios y los adquiridos; luego la mujer conserva su hipoteca en los adquiridos como la conserva en los propios. (1)

Se contesta el principio; la ley no dice de la mujer que renuncia lo que ha dicho del heredero que renuncia; éste se considera como no haber sido heredero, pero esta ficción es extraña á la mujer, ha estado realmente asociada, su marido ha obrado como dueño y señor en nombre de su mujer, á la que representa; como tal tuvo el poder de enajenar é hipotecar: ¿puede la mujer por, su renuncia, hacer decaer los actos que su marido tenía el derecho de hacer en su nombre? ¿En qué se convierte entonces el poder absoluto; la señoría que la ley concede al marido? ¿Se puede decir que el marido tiene el derecho de enajenar y de hipotecar cuando la mujer, al renunciar, hiciera decaer las enajenaciones y las hipotecas?

Hay una respuesta á estas objeciones, y la creemos perentoria. Nó, la ley no dice, en términos formales, que la mujer renunciante nunca haya sido asociada, pero sí lo dicen la tradición y los principios. Dumoulin, en su estilo enérgico, decía que la mujer, en el curso de su matrimonio, no estaba asociada, que sólo tenía esperanza de llegar á estarlo. ¿Cuándo? Cuando acepta. Si renuncia jamás lo ha sido. Hé aquí lo que dice la tradición. ¿Es verdad que el Código dice

los autores que citan. Debe agregarse Burdeos, 28 de Junio de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 99).

1 Bruselas, 26 de Julio de 1817 (Pasieris, 1817, p. 473). Denegada, Sala Civil, Febrero 4 de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161). Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 225, nota 30, pfo. 264 *ter*, y las autoridades en sentido diverso que citan.

lo contrario? Se cita el art. 1492, en cuyos términos la mujer que renuncia *pierde* toda clase de derecho en los bienes de la comunidad; decir que *pierde* todo derecho es decir que ha tenido uno; ha estado, pues, asociada y deja de estarlo por su renuncia. Sin duda la mujer, de hecho, ha estado asociada: ¿es decir que ha concurrido á los actos del marido cuando renuncia? Tal es la verdad y la única dificultad: y la ley y los principios contestan que la mujer renunciante no ha formado parte en los actos hechos por el marido, porque no estaba obligada con las obligaciones que resultaban; y decir que no es deudora es decir que no ha hablado en el contrato, que no ha comunicado, que ha sido extraña; lo que es decisivo.

Lo que se agrega no es serio. Que la hipoteca de la mujer estorbe el derecho de disposición del marido ¿quién duda? ¿Pero qué prueba esto? La hipoteca que la mujer tiene sobre los propios del marido estorba también el ejercicio de su derecho de propiedad; lo que no impide el derecho de la mujer; y esto no nulifica el derecho de propiedad del marido, solamente es un derecho limitado, desmembrado por la hipoteca. Lo cual sucede con toda hipoteca. El derecho del marido como señor y dueño no se haya estorbado más que como propietario de sus propios. La objeción es, pues, de las que prueban mucho y que no prueban nada.

372. Queda una dificultad en la que hay igualmente controversia. Se abre una orden durante el matrimonio en un ganancial gravado con una inscripción en favor de la mujer. ¿La mujer puede producir y será colocada? Es imposible que sea colocada definitivamente, puesto que la existencia de su hipoteca está subordinada á la parte que tomará cuando la disolución de la comunidad, y no puede tratarse de aceptar ni de renunciar en tanto que la comunidad no esté disuelta. Pero se admite una colocación provisoria cuando el derecho del acreedor es eventual; se ha juzgado

que la mujer puede invocar este principio y hacerse colocar provisoriamente. La decisión es una consecuencia lógica del principio, si se admite la opinión general que acabamos de enseñar. Si la mujer tiene una hipoteca en caso de renuncia debe tener el derecho de conservarla haciendo actos conservatorios. No se le puede objetar que no tiene hipoteca porque en el curso de la comunidad los gananciales sobre los que ha inscripto son de la propiedad del marido; su derecho actual de presentarse en la orden no se podría contestar; solamente la colocación no puede ser definitiva, puesto que la hipoteca se puede desvanecer. Se concilian todos los derechos colocándola provisoriamente. (1)

§ III.—ESPECIFICACION DE LA HIPOTECA DE LA MUJER.

Núm. 1. Objeto de la especificación.

373. La hipoteca legal de la mujer, lo mismo que la de los menores é interdictos, estaba dispensada de la inscripción bajo el imperio del Código Civil en el sentido de que producía efecto aunque no había sido inscripta. También era general. De esta manera todos los bienes del marido, presentes y futuros, aun aquellos que adquiriera después de la disolución del matrimonio, estaban gravados con hipoteca en favor de la mujer. Los terceros que trataban con el marido podían saber, en verdad, que sus bienes estaban sometidos á la hipoteca legal, puesto que la ley se los decía, pero les era imposible conocer la extensión de estos cargos; y cuando los bienes se enajenaran se haría difícil, después de muchas mutaciones, asegurar que habían sido poseídos por un hombre casado, y más difícil todavía informarse del monto de los créditos garantizados por esa hipoteca oculta. Una gran parte del suelo estaba gravada

¹ Bastia, 25 de Enero de 1862 (Dalloz, 1868, 2, 147). En sentido contrario, Metz, 31 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).