

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).

con cargos que los terceros no podían conocer, resultando que las transacciones inmobiliarias serían estorbadas en gran perjuicio de los propietarios, que no encontrarían el crédito al que su fortuna les daba derecho ó lo obtendrían en condiciones ruinosas. La clandestinidad y la generalidad de la hipoteca legal de la mujer eran incompatibles con el principio de la ley nueva; el legislador belga la sometió á la regla general de la publicidad y de la especialidad. Para que la hipoteca legal pueda ser inscripta debe previamente estar especificada; es decir, que el monto de los créditos debe estar fijado y que una acta determine en los inmuebles que se debe inscribir.

374. El principio de la especificación es común á las hipotecas de la mujer y de los menores, pero su organización difiere. Cuando se trata de menores la ley quiere que las garantías hipotecarias les sean aseguradas desde la apertura de la tutela y antes de la toma de la gerencia del tutor. De aquí la necesidad de especificar y de inscribir la hipoteca en el momento en que el menor aun no tiene derechos contra su tutor y en que es imposible precisar el monto de los créditos que pudiera tener. Lo que no deja de tener inconvenientes. En principio la hipoteca no puede existir en tanto que no haya obligación principal, puesto que no podría haber garantía accesoria en tanto que no hubiera derecho que deba y pueda garantizar. Además hay peligro de que la inscripción que se toma antes de la entrada á la gerencia del tutor sea excesiva ó insuficiente; de aquí la necesidad de reducirla ó de aumentarla, lo que demanda nuevas deliberaciones del consejo de familia cuando ya es difícil obtener una sola.

¿La especificación de la hipoteca legal de la mujer de qué manera se hace? En teoría hay una diferencia entre los derechos de la mujer y los de los menores. Estos tienen acción contra el tutor por el punto de su gerencia; la garan-

tía del menor debe, pues, existir desde que comienza la gerencia. De aquí la necesidad de especificar la hipoteca legal de los menores antes de la entrada á funcionar del tutor, y dar lugar á la hipoteca antes que exista el crédito. Pasa lo mismo con la mujer. Los derechos que la hipoteca legal está destinada á garantizar nacen en épocas distintas; unos antes del matrimonio, que resultan de las convenciones matrimoniales de los futuros esposos; los otros durante el curso del matrimonio. En cuanto á los derechos que nacen cuando el matrimonio es fácil especificarlos é inscribir la hipoteca antes de la celebración del matrimonio, puesto que los esposos que tienen bienes hacen regularmente un contrato ante un notario; siendo de este contrato del que proceden los derechos que la mujer tiene contra el marido era natural especificar la garantía hipotecaria por la misma acta que da nacimiento á los derechos que tiene por objeto asegurar. Pero es imposible especificar antes del matrimonio los derechos que nacen durante el curso de la unión conyugal; son esperanzas, tales como las sucesiones y las donaciones que la mujer recogerá, pero esperanzas no son derechos; ó si son obligaciones que la ley contrae con el marido ¿cómo preveer antes del matrimonio las necesidades que comprometen á la mujer á obligarse? Sucede lo mismo con las recompensas debidas á la mujer en caso de enajenación de propios: dependen de eventualidades que es imposible preveer. Se debió, pues, organizar, para los derechos de la mujer que nacen durante el matrimonio, un modo de especificación distinto del que se sigue para especificar la hipoteca de la mujer en el momento en que se redactan las convenciones matrimoniales. En el último caso la especificación se hace cuando los derechos nacen, aunque no se hagan ciertos más que por la celebración del matrimonio. En el primer caso la especificación no se puede hacer más que á medida que los créditos de la mujer nazcan: cuando

nace una sucesión, cuando contraen una obligación en interés de su marido ó cuando la comunidad saca provecho de los propios de la mujer.

375. ¿Es esta teoría la de la Ley Hipotecaria? Era la del Código Civil (art. 2135). En cuanto al menor el Código no hacía ninguna distinción: le daba una hipoteca el día de la aceptación de la tutela por todos los derechos que tenía contra el tutor por el punto de la gerencia de éste. Pero en cuanto á la mujer el art. 2135 distinguía; para la dote y convenciones matrimoniales, es decir, para los derechos que nacen cuando el matrimonio, la mujer tenía hipoteca á contar desde el día en que se celebró el casamiento. Sin embargo, en lo relativo á la dote la mujer no tenía hipoteca por las cantidades dotales que provenían de sucesiones venci- das ó de donaciones hechas durante el matrimonio más que á contar desde la apertura de las sucesiones ó del día en que habían tenido efecto las donaciones. Luego el rango de la hipoteca legal dependía de la fecha en la que el crédito dotal daba nacimiento. Sucedió lo mismo con la hipoteca por indemnización de las deudas que la mujer contraía con su marido y para el reemplazo de sus propios enajenados; tenía rango á partir del día de la obligación ó de la venta.

¿Ha derogado la ley belga el Código Napoleón? Lo ha derogado en un punto muy importante: en que la hipoteca de la mujer no existe de pleno derecho, debe ser especificada é inscrita, y su lugar depende de la fecha de la inscripción. Hé aquí por qué la ley belga no se ocupa ya del rango de la hipoteca legal; ésta se halla sometida al derecho común, no tiene lugar ó rango sino á partir de su inscripción. Queda por saber cuándo puede inscribirse. La ley contiene tres disposiciones á este respecto. Primero, la del art. 64, que permite á la mujer especificar su hipoteca por su dote y sus convenciones matrimoniales por el contrato de matrimonio; la hipoteca especificada debe ser

inmediatamente inscrita antes de la celebración del matrimonio y tiene efecto á partir de su inscripción. Este es el sistema del Código Civil, salvo que la hipoteca de la mujer tenía lugar sin inscripción á partir del día del matrimonio (art. 2135-2.º)

El art. 64, § 2, agrega que la mujer puede igualmente estipular en su contrato de matrimonio una hipoteca especial para garantía de sus devoluciones, de cualquiera naturaleza, aun *condicionales ó eventuales*, que podría ejercer contra su marido. Esta disposición da lugar á una primera dificultad: la hipoteca por devoluciones debe ser *estipulada*; es decir, es *convencional ó es legal*; y ¿solamente se hace por convención la especificación? Esta última opinión es la nuestra; volveremos á ella. Hay otra dificultad. ¿Qué se entiende por devoluciones *de cualquiera naturaleza, condicionales ó eventuales*? En nuestro concepto son las estipuladas por contrato de matrimonio, luego derechos contractuales; poco importa que sean *condicionales ó eventuales*, porque un derecho condicional ó eventual puede ser garantizado por una hipoteca. Si las devoluciones son derechos contractuales se confunden con las convenciones matrimoniales mencionadas en el § 1.º ¿Por qué la ley, después de haber hablado de las convenciones matrimoniales en general, habla de las devoluciones que, en nuestra opinión, también resultan de las convenciones matrimoniales? Los trabajos preparatorios no nos dicen nada del objeto del § 2 del artículo 64; debemos, pues, recurrir á la tradición. Y bajo el imperio del Código Civil la cuestión de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por las devoluciones condicionales y eventuales estipuladas por el contrato de matrimonio fué discutida; los autores de la nueva ley han zanjado la controversia, como generalmente lo hacen con las dificultades que se presentaren en la aplicación del Código Napoleón (núms. 351-355).

376. Los arts. 66 y 67 confirman nuestra interpretación. El art. 66 prevee el caso en que la hipoteca no ha sido estipulada, es decir, especificada por el *contrato*, y el caso en que las garantías determinadas por el *contrato* son insuficientes. Esta disposición se refiere al art. 64, como lo dice terminantemente el final del art. 66. Se supone desde luego que el contrato de matrimonio guarda silencio sobre la hipoteca legal de la mujer; lo que no impide que dicha hipoteca exista, puesto que existe en virtud de la ley; la ley debía, pues, dar un medio á la mujer de hacerla eficaz especificándola é inscribiéndola durante el matrimonio; lo cual se hace, como lo diremos en lo de adelante, con la autoridad del presidente del tribunal.

La hipoteca estipulada por el contrato puede también ser insuficiente. En este caso la ley permite á la mujer, siempre autorizada por el presidente, hacer una inscripción suplementaria.

En fin, puede no haber contrato de matrimonio ante notario; las convenciones matrimoniales de los esposos se arreglan en este caso por la ley. Es imposible en esta hipótesis especificar la hipoteca de la mujer antes del matrimonio, puesto que la especificación sólo se puede hacer por acta notariada. Se hará durante el curso del matrimonio con autorización del presidente. El art. 66 al final dice que en todo caso la mujer podrá requerir una inscripción *en seguridad de los derechos enumerados en el § 1 del art. 64*. ¿Lo que quiere decir que la mujer no puede inscribir durante el matrimonio para seguridad de sus devoluciones de que se habla en el § 2 del art. 64? La ley, interpretada así, no tendría sentido. En efecto, las devoluciones del § 2 son derechos de igual naturaleza que las *convenciones matrimoniales* del § 1^o; están comprendidas entre los derechos y créditos en seguridad de los que el art. 47 concede una hipoteca á la mujer; esta hipoteca es, pues, legal, como lo diremos

más lejos, y no convencional. Luego si la hipoteca legal para las devoluciones no está especificada por el contrato la mujer debe tener el derecho de hacerla especificar é inscribir durante el matrimonio. No sólo hay identidad de motivos, hay un argumento *a fortiori*. Cuando los derechos de la mujer son ciertos no hay ninguna razón para no especificar la hipoteca por el acta misma que le da nacimiento; mientras que pudiendo no realizarse los derechos condicionales ó eventuales el interés de la mujer es menor, puede hacerse más probable durante el matrimonio; la ley sería soberanamente ilógica é incomprensible si negara á la mujer el derecho de inscribir, durante el matrimonio, por las devoluciones condicionales ó eventuales cuando le permite hacerlo por derechos ciertos que resultan de las convenciones matrimoniales, en el caso en que por una causa cualquiera la mujer no hizo especificar su hipoteca por su contrato de matrimonio. Se preguntará por qué la ley en lugar de decir: para la seguridad de los derechos enumerados en el art. 64, lo que habría comprendido terminantemente á las *devoluciones*, dijo: para seguridad de los derechos enumerados en el § 1^o del art. 64, lo que parece excluir las devoluciones convencionales ó eventuales. Esta aparente restricción no se encontraba en el proyecto; forma parte de las reformas que el Ministro de Justicia ha propuesto y no ha desarrollado los motivos; y la Comisión de la Cámara, al adoptarla, ha declarado que eran simples cambios de redacción; (1) luego cambios que no tocan el fondo. Esto es cuanto nos enseñan los trabajos preparatorios. En definitiva, no sabemos por qué el proyecto ha sido modificado, lo seguro es que no lo fué en cuanto al fondo. Luego la cuestión debe ser decidida según los principios y el espíritu de la ley.

377. Queda el art. 67 que habla de *toda causa de recur-*

1 Parent, ps. 172 y 194.

ses que la mujer puede tener contra el marido. Estos términos son demasiado generales, pues comprenden aun los derechos nacidos cuando el matrimonio, puesto que también dan lugar á un recurso contra el marido; y estos derechos están resguardados por el art. 66; luego el 67 no puede preveer estos mismos recursos. La expresión *toda causa de recursos* debe ser limitada; los ejemplos que la ley da prueban que se trata de derechos que nacen durante el matrimonio: «tales como, dice el art. 67, las causas de recursos que resultan de obligaciones subscriptas por la mujer, de enajenación de sus propios, de donaciones ó de sucesiones á que hubiera sido llamada.» Todos estos créditos toman nacimiento durante el matrimonio, luego las causas de recursos de que habla el art. 67 son las que existen entre esposos; no pudieron ser especificadas por el contrato de matrimonio porque la especificación es imposible en aquella época; por tanto, el legislador tuvo que permitir á la mujer especificarlas é inscribirlas á medida que nacen si, se entiende, encuentra en ello un interés. Decir que la hipoteca puede ser especificada durante el matrimonio no es decir que la mujer tomará siempre inscripción; no debe perderse de vista que la hipoteca es una garantía en caso de insolvencia del marido; es, pues, sólo cuando hay temor de insolvencia cuando la mujer hará especificar é inscribir su hipoteca; lo que siempre será una excepción rara.

Así interpretado, el sistema de la ley belga es irreprochable. No grava inútilmente los bienes del marido en vista de una insolvencia que ordinariamente no se presentará: este era el vicio del Código. Todos los bienes del marido, presentes y futuros, estaban de plano cargados de hipotecas para las garantías de los derechos de la mujer, derechos que amenudo no corrían ningún riesgo, puesto que ordinariamente el marido es solvente; la quiebra civil ó mercantil son siempre unas excepciones. Según la ley bel-

ga la hipoteca legal tiene que ser especificada é inscrita; lo será pocas veces por el contrato de matrimonio, pues en aquel momento los futuros esposos, ó sus familias, no pueden seguramente preveer la insolvencia del marido. La especificación será rara también durante el matrimonio: ¿para qué había de realizar la mujer su garantía hipotecaria mientras sus derechos no corren ningún riesgo? Y este es seguramente el caso general. Sólo cuando los negocios del marido se descompongan y que los derechos de la mujer estén amenazados será cuando la mujer y su familia pensarán en asegurar sus derechos por una inscripción hipotecaria. Y si la inscripción está tomada antes que la insolvencia del marido esté consumada los derechos de la mujer estarán garantizados. La ley belga le procura, pues, una seguridad bastante sin gravar inútilmente todo el patrimonio inmobiliario del marido.

378. Hay otra interpretación de los arts. 64, 66 y 67 que está generalmente admitida. Se enseña que la mujer puede, en virtud del art. 64, tomar la inscripción antes del matrimonio para todos los derechos actuales y futuros que tiene ó podrá tener contra su marido, ya sea por su contrato de matrimonio, ya durante este último, haciendo especificar la hipoteca conforme á dicho artículo. De modo que la mujer podría hacer especificar en su contrato de matrimonio las causas previstas por el art. 67 tanto como los derechos enumerados en el art. 64; no sólo la hipoteca para la garantía de su dote, de sus convenciones matrimoniales y de sus devoluciones sino también la hipoteca para la seguridad de toda clase de recursos que nacieran durante el matrimonio, tales como los que resultaran de las obligaciones subscriptas por ella, de enajenación de sus propias donaciones que recibiera ó sucesión á que pudiera ser llamada. Esto sería, en este sistema, la relación entre el art. 64 y los 66 y 67. Por su contrato de matrimonio la mujer puede hacer espe-