

En realidad la ley no dice esto. ¿Cuál es el objeto de los arts. 64, 66 y 67? ¿Definir la naturaleza de la hipoteca de que goza la mujer? Nó, los arts. 45 y 47 habían decidido que la mujer tiene una hipoteca legal por sus derechos y créditos. Pero como esta hipoteca está sometida á los principios de especialidad y de publicidad se debió arreglar el modo de especializarla y determinar quién la inscribiría. No se trata, pues, en los arts. 64, 66 y 67 más que de la especificación de la hipoteca de la mujer. Antes del matrimonio se hace por convención; por tanto, es convencional; durante el matrimonio se hace sin concurso de consentimientos. ¿Es decir que la hipoteca se hace convencional cuando está especificada por contrato de matrimonio? La hipoteca convencional es la que sólo existe por concurso de voluntades de las partes interesadas, y una vez que han consentido las partes no pueden pedir ni la reducción ni la extensión de la inscripción. Y la hipoteca de la mujer existe en virtud de la ley (art. 47) antes de ser especificada, y aunque lo estuviera por contrato de matrimonio la mujer podría aún, durante el matrimonio, requerir nuevas inscripciones en virtud del art. 66. La mujer acreedora no está ligada por la especificación convencional; lo que es muy lógico, como lo diremos más adelante. Hay más: muy frecuentemente no hay especificación convencional porque no hay contrato de matrimonio; es la comunidad legal el régimen de derecho común y también el ordinario. Aunque no haya contrato de matrimonio la mujer tiene una hipoteca y es necesariamente legal. Aunque los esposos hicieran contrato ante notario sucedería lo más amenudo que la hipoteca no estaría especificada; lo que no impide á la mujer tener una hipoteca legal que podrá hacer especificarla durante el matrimonio; hé aquí todavía un caso en el que la hipoteca de la mujer no tendrá nada de convencional, ni aun la especificación. Queda el caso en que la hipoteca

se especifica por contrato de matrimonio: ¿resultará convencional la hipoteca? Nó, porque la especificación no liga á la mujer acreedora, aunque haya consentido. Si la garantía, tal como fué especificada, es insuficiente la mujer puede requerir nuevas inscripciones después del matrimonio. ¿En virtud de qué derecho? Seguramente no es en virtud del contrato de matrimonio, puesto que la mujer modifica este contrato; es en virtud del derecho que la ley le confiere; luego su hipoteca es legal y no convencional.

383. Se pueden objetar las palabras *estipular* y *estipulación* de que se sirve la ley en los arts. 64 y 66. Estas palabras implican una convención: el acreedor *estipula* y el deudor *promete*. Decir que la mujer puede estipular una hipoteca ¿no es decir que esta hipoteca es convencional? Contestaremos que la expresión *estipular* es inexacta en tanto que se aplique á la hipoteca; sólo es exacta cuando se refiere á la especificación; el texto mismo de la ley lo prueba.

El § I del art. 64 dice que «la mujer tendrá una hipoteca especial en los bienes que están afectados por el contrato de matrimonio en seguridad de su dote y de sus convenciones matrimoniales.» No se trata de *estipulación* en el texto, no se trata más que de *especificar* la hipoteca que tiene la mujer, y la tiene en virtud de la ley (art. 47). Sin embargo, el art. 66, que se transporta al § I del art. 64, dice: «A falta de *estipulación de hipoteca* ó en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato.» La ley llama, pues, *estipulación de hipoteca* la *especificación* que se ha hecho en el contrato de matrimonio de los bienes en que la mujer puede inscribir. La expresión es mala, porque no se *estipula* por una hipoteca que la ley concede. (1) Tal vez el legislador quiso servirse de la palabra *especifica-*

1 El lenguaje usual, en materia de hipoteca legal, es muy incorrecto. Así, en la discusión de la ley, siempre se decía *tomar hipoteca* para indicar la especialización y la inscripción. No se toma por una hipoteca que la ley concede y que el acreedor tiene en el momento en que ha hecho especializar ó inscribir.

ción porque no es francesa, al menos no se encuentra en el diccionario de la Academia. En el § I del art. 64 la ley no emplea la palabra *estipular*; la mujer no estipula, específica. Luego cuando en el § II dice que la mujer puede *igualmente estipular una hipoteca especial* por sus gananciales esto quiere decir que la mujer puede especificar esta hipoteca por contrato de matrimonio y que lo debe hacer si quiere que su hipoteca tenga lugar antes del matrimonio. La palabra *igualmente* de que se sirve la ley prueba que el derecho que reglamenta el § 2 es de igual naturaleza que el de que trata el § 1 y que en ambas hipótesis sólo se trata de especificar la hipoteca legal de la mujer por los créditos que nacen del contrato de matrimonio.

La tradición confirma esta interpretación. Dijimos (número 335) que bajo el imperio del Código Civil hubo una controversia acerca del punto de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por sus gananciales matrimoniales en el caso en que el derecho que resultara fuera eventual. La nueva ley zanjó la controversia en favor de la mujer. Así la mujer tiene una hipoteca por sus devoluciones eventuales, al mismo título que para todas sus convenciones matrimoniales; es decir, una hipoteca legal independiente de toda convención; sólo que dicha hipoteca debe ser especificada. No había ninguna razón para establecer una diferencia entre la hipoteca del punto de devoluciones y la de las demás convenciones matrimoniales; si la hipoteca de la mujer existe sin que sea necesario estipularla por las convenciones matrimoniales en general debe también existir sin estipulación para las devoluciones.

384. Decimos que la especificación es convencional cuando se hace por contrato de matrimonio, pero que la hipoteca queda legal. Esto explica el sistema de la ley en lo relativo al derecho de la mujer de volver sobre las estipulaciones del contrato de matrimonio. Si la hipoteca fuera con-

venencial no se concebiría que se pudiera modificar por el hecho de una de las partes contratantes. Hay más: la modificación sería hasta imposible por el concurso de voluntades del marido y de la mujer. En efecto, las convenciones matrimoniales son inmutables, no pueden cambiar después de la celebración del matrimonio (art. 1395). Los esposos no podrían, pues, modificar la hipoteca tal como fué determinada por el contrato de matrimonio, si la hipoteca resultaba de las convenciones que se hallaban consignadas allí. Sin embargo, la ley permite á la mujer hacer nuevas inscripciones en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato de matrimonio. La razón es que la especificación no puede ser inmutable; varía indispensablemente con el estado de la fortuna de la mujer y de las garantías que le son necesarias. La ley quiere que la garantía hipotecaria esté siempre en relación con los intereses de los incapaces de manera á asegurar sus derechos sin gravar al deudor con inscripciones excesivas. Por esto la mujer puede requerir una inscripción suplementaria cuando las garantías determinadas por el contrato son insuficientes. Lógicamente debiera dar al marido el derecho de reducción cuando son excesivas. Pero la ley no permite al marido volver á la especificación hecha por contratos de matrimonio; más adelante diremos que solo le da una acción en reducción cuando la mujer ha escrito sobre sus bienes en virtud de la autorización del presidente (art. 72). ¿Por qué niega al marido un derecho que concede á la mujer? Uno y otro consienten en el acto de especificación; pero el consentimiento de la mujer no es libre: ella ó sus parientes temen herir la susceptibilidad del futuro marido exigiéndole garantías que por su extensión hicieran patente su desconfianza; la mujer se conformará fácilmente con la que le ofrezca su futuro marido; éste, al contrario, conserva su libertad com-

pleta de acción. Sin embargo, esta explicación no justifica lo bastante la ley. Puede suceder que la inscripción no haya sido excesiva cuando el contrato, pero que llegue á serlo durante el matrimonio; en este caso no hay ningún motivo para negar al marido el derecho de pedir la reducción y, sin embargo, es difícil reconocerle este derecho, puesto que la ley no se lo da más que para las inscripciones hechas en virtud de una orden del presidente.

Hay todavía una observación que hacer en el sistema de la Ley Hipotecaria en lo que se refiere al marido. La ley no le permite pedir la reducción de las inscripciones tomadas en virtud del contrato de matrimonio. Esto se concibe en rigor si se admite, como lo hemos enseñado, que el contrato de matrimonio no puede especificar más que los derechos que nacen de las convenciones matrimoniales. Pero esto se concibe en la opinión que admite que el contrato de matrimonio puede especificar la hipoteca para los derechos que nacen durante el matrimonio. En efecto, estos derechos son necesariamente inseguros en cuanto al monto del crédito. Suponemos que los esposos quieran especificar la hipoteca por sumas dotales que obtendrá la mujer durante el matrimonio por sucesión ó donación: ¿qué cifra fijarán para esperanzas ó liberalidades que ni siquiera son esperanzas? Si el legislador hubiera admitido este sistema debiera haber permitido al marido pedir la reducción de las inscripciones cuando la realidad llega á desmentir las esperanzas. La mujer contaba con una sucesión mobiliaria de 10,000 francos que realizó; esta sucesión se reduce á la nada. Y, no obstante, la inscripción subsistirá en los bienes del marido. Esto no tendría sentido.

385. En nuestra opinión el único objeto de los artículos 64, 66 y 67 es determinar el lugar de la hipoteca legal de la mujer. Cuando la hipoteca está especificada por el contrato el marido debe mandarla inscribir antes de la cele-

bración del matrimonio y la mujer también puede requerir la inscripción. En este caso la hipoteca de la mujer tendrá lugar á partir de la inscripción; luego antes del matrimonio. Pero si la hipoteca no está especificada por el contrato notariado la inscripción no podrá tomarse. Síguese de esto que bajo el régimen de comunidad legal la hipoteca de la mujer no tuvo nunca lugar antes del matrimonio; no tendrá efecto más que en virtud de la inscripción que se tomará durante el matrimonio. Lo mismo pasa si el contrato de matrimonio no especifica la hipoteca de la mujer ó si las garantías determinadas por el contrato son insuficientes como lo supone el art. 66. Es necesario en este caso que la hipoteca esté especificada por el presidente y que esté inscrita; lo que le da lugar sólo á partir de la inscripción.

La diferencia es, pues, grande en lo que se refiere al lugar de la hipoteca entre la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio por el presidente. Esta puede no asegurar los derechos de la mujer si ya otros acreedores habían tomado inscripciones de los bienes del marido. Esta es la consecuencia inevitable del sistema de publicidad consagrado por la nueva ley. Este sistema exige necesariamente la especificación, y para que ésta sea eficaz debe hacerse antes del matrimonio; y en aquel momento las consideraciones que impiden que obre la mujer detendrán también á su pariente.

386. Esto puede conducir á la ineficacia de la hipoteca que la ley concede á la mujer. Diremos más adelante cuáles son las garantías que la ley estableció en su favor. Ante todo debemos ver si la mujer puede renunciar su hipoteca legal. En nuestra opinión no lo puede (núm. 308). Si se atiene uno al rigor de los principios esta solución ni siquiera es dudosa. La hipoteca de la mujer y la de los menores tienen por fundamento la incapacidad de aquellos en favor de quienes la ley las establece; es porque no pueden cuidar sus

derechos por lo que la ley los cuida. ¿Y se concibe que el incapaz repudie una garantía que la ley le da por razón de su incapacidad? Todo el sistema de la ley protesta contra semejante anomalía. ¿Se dirá que la mujer puede guardar silencio, no obrar, con el objeto de no hacer valer el derecho que la ley le da? Esto sería abdicar tácitamente la hipoteca legal haciéndola ineficaz. La ley no admite esta renuncia de hecho. Encarga á los parientes de la mujer obren por ella, y si los parientes no lo hacen encarga á magistrados venir en auxilio suyo, resguardando sus derechos apesar de ella, pues la mujer no debe intervenir en la especificación y no puede oponerse á ella.

El espíritu de la ley está, pues, en armonía con el rigor de los principios. Sin embargo, hay controversia. Según el art. 67 la mujer puede siempre tomar inscripción para los derechos que nacen durante el matrimonio, *no obstante convención contraria*. Esta es la aplicación de los verdaderos principios. La hipoteca legal es de orden público porque fué concedida por la ley á incapaces por razón de su incapacidad, y no está permitido á las partes derogar leyes relativas al orden público (art. 6). Pero la disposición del art. 67 es especial: sólo es relativa á los derechos que nacen durante el matrimonio, ó, como se dice en la interpretación generalmente admitida, el art. 67 es el complemento del § 2 del art. 64. La ley parece, pues, distinguir entre las diversas causas que dan lugar á la hipoteca de la mujer; si se trata de las causas de recursos que nacen durante el matrimonio no permite que la mujer renuncie su derecho á la hipoteca; si se trata de su dote y de sus convenciones matrimoniales se lo permite implícitamente. (1) El argumento se funda, en definitiva, en el silencio de la ley; mal racionio que conduce á poner la ley en oposición con los principios. Las devoluciones del art. 64, § 2,

1 Martou, t. III, p. 27, núm. 911. Beckers, p. 152.

son también convenciones matrimoniales como las del § 1; ¿por qué en uno de los casos podría la mujer renunciar á su hipoteca mientras que no lo podría en otro? Se dice que los derechos del § 1 son seguros y que la mujer sabe lo que renuncia, y que siendo inseguros los derechos del § 2 la mujer no puede apreciar el efecto de su renuncia. En nuestra opinión las devoluciones de que se trata en el § 2 son seguras en cuanto al monto, y aunque no lo fueran deberían ser valuadas, puesto que la hipoteca debe ser especificada en cuanto á la suma tanto como cuanto á los inmuebles. La mujer sabe, pues, siempre cuál podrá ser el monto de su recurso contra el marido y, por consiguiente, sabe lo que renuncia. Por otra parte, esto es sólo una consideración de hecho, no responde á la objeción de derecho: la mujer no puede nunca renunciar á un derecho que es de orden público. (1)

Otra es la cuestión de saber si la mujer puede renunciar el beneficio de la inscripción en interés de los terceros que contratan con el marido como adquirentes ó acreedores hipotecarios. El art. 71 se lo permite implícitamente. Volveremos á este punto al tratar de la cesión de la hipoteca.

#### *Núm. 2. Cómo se hace la especificación.*

387. Hay que distinguir la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio. La diferencia no sólo es relativa á las personas que intervienen en el acta, se refiere también á las condiciones y á los efectos.

##### *I. De la especificación que se hace por contrato de matrimonio.*

388. La especificación es, en principio, la misma en toda

1 Cloes, Comentario, t. II, p. 123, núm. 1110.