

debe verse cuál es el objeto que se proponen las partes. ¿Por qué el tercer adquirente hace que intervenga la mujer en el contrato por el que el marido le vende un propio ó una ganancial? Es para ponerse al abrigo del derecho de prosecución; es decir, para impedir que la mujer lo despoje ó expropie. Luego el único efecto de la renuncia de la mujer es que no puede ejercer su derecho de prosecución contra este adquirente.

La jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido. En un primer caso se pretendía que la mujer que había renunciado su hipoteca legal en favor de un segundo adquirente la había ya renunciado implícitamente en favor de un primero. La decisión que así lo había resuelto fué casada, pudiendo tener efecto la renuncia sólo en provecho de aquel en favor de que se había hecho. (1) Con más razón debe admitirse este principio cuando la mujer renuncia simplemente su inscripción en favor de un adquirente; conserva en este caso su hipoteca y su inscripción, puede hacer valer sus derechos contra todos menos contra el adquirente que estipuló la renuncia de la mujer; no lo puede perseguir hipotecariamente. Tal es el único objeto y el único efecto de la renuncia.

En otro caso los acreedores hipotecarios del marido querían prevalecerse de la renuncia de la mujer á su hipoteca legal. La Corte de Amiéns había admitido estas pretensiones; la sentencia fué casada por violación del art. 1165. Los acreedores hipotecarios no podían prevalecerse de una renuncia que no se había hecho en su favor; luego la mujer conservaba todos sus derechos para con ellos; les prevalecía, en consecuencia, en el precio que aún debía el deudor. Acerca de este punto la Corte de Apelación se había equivocado; la mujer, decía, no teniendo ya derecho de pro-

1 Casación, 20 de Agosto de 1816 [Daloz, en la palabra Privilegios, número 100].

cución contra el inmueble no podía tener derecho de preferencia en su precio. (1) Esto es razonar mal. El derecho de prosecución se ejerce contra el tercero detentor, y la mujer lo tenía renunciado, mientras que el derecho de preferencia se ejerce contra los acreedores hipotecarios, y la mujer no lo había renunciado. En el conflicto que se suscitaba entre la mujer y los acreedores inscriptos el tercero adquirente estaba enteramente desinteresado: quería ponerse al abrigo de una prosecución hipotecaria y su objeto estaba alcanzado; en cuanto á su precio poco le importaba á quién tenía que pagarlo. Con más razón debe decidirse así en el caso en que la mujer sólo ha renunciado á la inscripción de su hipoteca como lo supone el art. 71 de nuestra Ley Hipotecaria. Esta renuncia deja subsistir la hipoteca con todos sus efectos, sólo que la mujer pierde el derecho de prosecución que le está ligado para con el adquirente en favor del que lo renunció.

En una sentencia más reciente la Corte de Casación formuló el principio en el sentido de que el alcance y extensión de la renuncia de la mujer debían interpretarse según las circunstancias de la causa. (2) Nada más justo que esta decisión, que se hizo mal en criticar. Toda renuncia se funda en la intención del que abdica un derecho, y la intención es siempre una cuestión de hecho. Debe ser así, sobre todo con la mujer que renuncia una garantía que la ley le da; puede tener la voluntad de renunciar su hipoteca, su derecho de prosecución ó su derecho de preferencia; esta renuncia puede ser absoluta ó relativa bajo el punto de vista de la legislación francesa; es, pues, necesario apreciar la in-

1 Casación, 14 de Enero de 1817 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1003). Denegada, 29 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 157). Compárense las tres sentencias de la Corte de Apelación citadas por Pont, t. I, p. 515, nota 2.

2 Denegada, Sala Civil, 6 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1855, 1, 449). Pont, t. I, p. 514, núm. 485.

tención que tuvo la mujer al renunciar su hipoteca ó su derecho de inscripción. En esta apreciación el juez no deberá perder de vista que toda renuncia tiene que ser interpretada restrictivamente. Este principio debe sobre todo recibir su aplicación cuando se trata de una renuncia á un derecho que es de orden público.

333. ¿Puede la mujer anunciar al beneficio de su inscripción bajo todos los regímenes? No hay ninguna duda por lo que toca al régimen de la comunidad y al régimen de exclusión de la comunidad. Bajo estos regímenes la mujer puede disponer de sus derechos con autorización del marido, y la ley le permite disponer del lugar que le da su inscripción. No sucede lo mismo bajo el régimen dotal. La enajenación de la dote debe tener como consecuencia que la mujer no puede enajenar directa ni indirectamente. De esto se sigue que no puede renunciar á la inscripción que da eficacia á su hipoteca, puesto que renunciar á la inscripción es comprometer el crédito dotal. Acerca de este punto no hay ninguna duda. No sucede lo mismo con la cuestión de saber si este principio recibe su aplicación á la dote mobiliario. Si se admite con la jurisprudencia que la dote mobiliario es inenajenable hay que admitir también que la mujer no puede renunciar á la inscripción que tomó para garantía de su dote. En nuestra opinión la dote mobiliario es inenajenable. Se sostiene, no obstante, que la mujer dotal no puede nunca renunciar su inscripción. Esto sería verdad si, como se enseña, la renuncia á la inscripción implicara la de la hipoteca; (1) en efecto, la hipoteca es un derecho inmobiliario, y bajo este régimen los derechos inmobiliarios de la mujer no pueden ser enajenados. Pero la renuncia á la inscripción implica el abandono de la hipoteca (núm. 331); la mujer conserva su hipoteca, sólo cede su lugar de anterioridad ó

1 Esta es la opinión de Martou, t. III, p. 40, núm. 931, y de Pont, t. I, página 479, núm. 451.

abdicar el derecho de prosecución. Luego no hay lugar á aplicar el principio de la inenajenación. La mujer comprometida, es verdad, los derechos para cuya garantía fué tomada la inscripción, pero la ley la autoriza á ello permitiéndole renunciar á su inscripción. (1)

Los esposos, aunque adopten el régimen de la comunidad, pueden estipular la inenajenación de los bienes dotales. Se entiende que en este caso la mujer no puede renunciar á la inscripción tomada para la conservación de su dote inmobiliario. En nuestra opinión las cláusulas de dotalidad no impedirían que la mujer renunciara su inscripción si se tratara de aportar muebles. La Corte de Casación, consecuente con su doctrina, sentenció que la mujer no podía subrogar á los acreedores de su marido á su hipoteca, aunque el contrato de matrimonio sólo tomaba del régimen dotal una garantía para la restitución de sus aportes, cualesquiera que fueran. (2)

334. ¿Cómo debe hacerse la renuncia de la inscripción? Toda renuncia puede ser expresa ó tácita; la renuncia es tácita cuando la mujer ha hecho algo de donde debe necesariamente concluirse que no quiere prevalecerse de su hipoteca, ya sea para con su acreedor, ya para con un adquirente; los hechos de que se induce esta intención no deben dejar ninguna duda acerca de la voluntad de la mujer.

Hay renuncia tácita cuando la mujer concurre al acta por la que el marido vende un inmueble gravado de inscripción. Para que este concurso implique renuncia es necesario que la mujer figure en el contrato como parte. Ordinariamente no se explica este hecho más que admitiendo que la mujer renuncia á su inscripción, pues su concurso no es necesario para la venta del inmueble que pertenece al

1 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 954.

2 Denegada, Sala Civil, 7 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855 I, 114). Compárese Aubry y Rau, t. V, p. 576, nota 65.

marido, aunque se trate de una ganancial, pues el marido puede vender los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer (art. 1421). La mujer no está, pues, interesada en la venta sino porque tiene una hipoteca inscrita en el inmueble. Al vender con su marido debe tener la voluntad de renunciar á su hipoteca ó de renunciar á su inscripción; siendo de estricta interpretación las renunciaciones hay que admitir que la mujer renuncia sólo á su inscripción y conserva su hipoteca. En nuestra opinión esto no es dudoso, puesto que admitimos que la mujer puede renunciar su hipoteca legal. (1)

Decimos que ordinariamente el concurso de la mujer al acta de venta implica su renuncia tácita á la inscripción. Esto no es una decisión de derecho, es una decisión de hecho; está fundada en la intención de la mujer. Pero la mujer puede no tener la intención de renunciar; si esto resulta de las circunstancias de la causa, si puede explicarse su concurso de otro modo sin suponerle la voluntad de renunciar, no habrá ninguna renuncia en este caso á la inscripción, ni mucho menos á la hipoteca. (2)

335. Los acreedores que estipulan una hipoteca en un inmueble del marido, propio ó de conquista, gravado de hipoteca en favor de la mujer hacen igualmente intervenir á la mujer en el contrato. ¿Con qué objeto y cuál será el efecto de su concurso? Contestamos, como acabamos de hacerlo (número 334), que ordinariamente este concurso implica una renuncia de la mujer y que esta renuncia tiene por objeto garantizar al acreedor hipotecario contra el peligro de que la amenace la hipoteca legal. ¿A qué renuncia la mujer? Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que la mujer que se obliga solidariamente con su marido consiente en

1 Martou, t. III, p. 42, núm. 932. Pont, t. I, p. 941, núm. 465. Aubry y Rau, t. III, p. 463, nota 7, pfo. 288 bis.

2 Denegada, 30 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 1, 93). Compárese Denegada, 9 de Febrero de 1859 (Daloz, 1859, 1, 460)

hipotecar, para la seguridad de esta obligación, inmuebles en los que tiene hipoteca legal; transfiere virtualmente á este acreedor sus derechos en dichos inmuebles y, por consiguiente, su hipoteca legal, (1) Esto es demasiado absoluto. Todo lo que se puede inducir del concurso de la mujer en una acta en que no tiene que intervenir es que debe tener la intención de hacer alguna renuncia en favor del acreedor; y aun así hay que agregar la restricción de que no resulta de las circunstancias de la causa que la mujer no entiende hacer ninguna renuncia. El alcance de la renuncia es una cuestión de hecho, tanto como la misma renuncia. No se puede decir *a priori* que la mujer renuncia á su hipoteca ó que cede al acreedor, pues esta cesión ó esta renuncia absoluta es inútil al acreedor; todo lo que tiene interés en obtener es que la mujer no le oponga su inscripción. En la duda á esto debe limitarse la renuncia, pues éstas son siempre de interpretación estricta. Hay una jurisprudencia bastante numerosa acerca de este punto, (2) y las decisiones parecen algunas veces contradictorias; es inútil discutir las sentencias, puesto que deciden de hecho y no de derecho. Cuando decide de derecho y en términos absolutos hay que cuidarse de ver en ellas una autoridad ó un perjuicio; son siempre sentencias motivadas en los hechos de la causa, lo que explica las aparentes contradicciones, variando las circunstancias necesariamente de un caso á otro.

336. Los tribunales admiten fácilmente las renunciaciones de la mujer, sin duda porque favorecen el crédito del marido; también puede ser porque las garantías que el Código Civil concede á la mujer son excesivas y comprometen el interés de los terceros. Pero los vicios de la ley no dan al juez el derecho de interpretarlos contra la mujer; esto es más que extender la ley, violarla ó restringirla, según que la causa pa-

1 Denegada, 8 de Agosto de 1854 (Daloz, 1855, 1, 337).

2 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. I, p. 490, núm. 464.

rezca favorable ó no. Se juzgó por la Corte de Casación que la mujer que se obliga solidariamente con su marido sin que el acreedor estipule una hipoteca subroga á este acreedor á su hipoteca legal; lo que quiere decir que la mujer cede sus derechos hipotecarios. La Corte no ha insistido en esta jurisprudencia que era evidentemente errónea. ¿Cómo renunciaría la mujer su hipoteca por un contrato en que no contraía ninguna obligación personal sin que se tratara de sus derechos hipotecarios? Obligarse personalmente no es un hecho del que se pueda deducir que la mujer renuncia á su hipoteca. Es inútil insistir, puesto que todo el mundo está de acuerdo. (1)

337. Queda una dificultad que desaparece cuando se apega uno al texto de nuestra ley. Se pregunta si la renuncia á la inscripción de la mujer se debe hacer pública. Conforme al art. 5 de la ley belga la cesión de un crédito privilegiado ó hipotecario, lo mismo que la subrogación de un derecho semejante, se deben hacer públicos por vía de inscripción. La cuestión es saber si la renuncia á la inscripción cae en este texto. En la opinión que hemos enseñado acerca del efecto de la renuncia de la inscripción no hay duda; esta renuncia no implica ni cesión de la hipoteca ni subrogación de ésta (núm. 331); luego no es aplicable el art. 5. Sin duda el acreedor ó el tercero adquirente en interés de los que la mujer ha renunciado su inscripción estarían interesados en que la renuncia fuera pública á fin de que el tercero con el que tratan tenga conocimiento de ella; su crédito tendrá más valor y el propietario venderá más fácilmente el inmueble. Pero no basta que tengan interés en la publicidad de la renuncia para que se deba hacerla pública sino que es preciso que la ley la prescriba. En esta materia el silencio de la ley es decisivo. Si se consultan los moti-

1 Véanse las autoridades en Pont, t. I, p. 489, núm. 463 y las notas, y en Aubry y Rau, t. III, p. 464, notas 10 y 11, pfo. 288 bis.

vos de la ley se llega á igual conclusión. ¿Por qué la cesión de un crédito hipotecario se debe hacer pública? Porque implica la transmisión de un derecho real inmobiliario que los terceros tienen interés en conocer. Y la simple cesión de primacía no implica ninguna enajenación; es un acreedor el que toma el rango de la mujer: ¿y qué importa á los terceros que los prevalezcan el acreedor ó la mujer? En cuanto al adquirente que ha estipulado la renuncia el único interés que tiene en la publicidad es el de que su crédito se aumente cuando posea un inmueble con la franquicia de la inscripción. En rigor puede hacer conocer á aquellos con los que trata la convención por la cual la mujer ha renunciado á su inscripción, lo que basta para resguardar sus intereses. Se objeta que dicha interpretación del art. 5 es judaica. Lo sería si se entendiera por renuncia de la inscripción una abdicación de la hipoteca. (1) En nuestra opinión la mujer no puede ceder su hipoteca; volveremos á este punto. Al contrario, en la opinión que asimila la renuncia de la inscripción á la cesión de la hipoteca, y que permite á la mujer ceder su hipoteca, el art. 5 es aplicable, como lo veremos más adelante. (2)

§ III.—¿PUEDE LA MUJER CEDER SU HIPOTECA, SUBROGARLA Ó RENUNCIARLA?

338. La ley belga no prevee esas cuestiones. En el silencio de la ley se deben aplicar los principios generales de derecho. Para determinar cuáles son las convenciones que la mujer puede hacer con relación á su hipoteca legal se necesita, antes que todo, ver cuál es el carácter de esta hipoteca. Ya hemos contestado á la cuestión. La hipoteca de las mujeres casadas es de igual naturaleza que la de los

1 Martou, t. I, p. 191, núm. 175.

2 Según la legislación francesa véase Aubry y Rau, t. III, p. 456 y nota 3, pfo. 288.

menores é interdictos: es una seguridad que la ley concede á los incapaces sin que tengan necesidad de estipularla; el legislador la estipula para ellos en razón de su incapacidad. Y todas las leyes que rigen la capacidad son de orden público, porque la capacidad ó la incapacidad de las personas tienden á su estado, y el estado de los hombres es esencialmente de orden público. De aquí se sigue que los particulares no pueden derogar las leyes que establecen una hipoteca en favor de los incapaces, como no pueden derogar las garantías que la ley da á los menores y á las mujeres casadas en razón de su incapacidad. Dichas derogaciones están heridas de nulidad por el art. 6 del Código Civil. Nos trasladamos, en cuanto al principio, á lo que dijimos sobre esta disposición.

Si el legislador hubiera aplicado el principio del artículo 6 en todo su rigor habría podido prohibir á la mujer la facultad de renunciar á la inscripción de su hipoteca. En efecto, dicha inscripción tiene por objeto conservar un derecho que es de orden público; es, pues, también de orden público. Lo que lo prueba es que la ley no se traslada á las partes interesadas para hacer la inscripción de la hipoteca de la mujer, encarga á los magistrados este cuidado. ¿Cuando está hecha la inscripción puede la ley permitir que la mujer renuncie? Nó, seguramente, porque esto sería deshacer lo que con tanto trabajo la ley hizo. Si, no obstante, el art. 71 permite implícitamente que la mujer renuncie su hipoteca es en el interés de la familia, que también es el suyo; pero dicha facultad es muy restringida; la ley no permite cancelar la inscripción, únicamente autoriza á la mujer á renunciar al beneficio de su inscripción en provecho de los terceros que tratan con el marido. Así, pues, la disposición del art. 71 es excepcional; deroga un principio fundamental de nuestro derecho; esto es decir que es de estrecha interpretación. La mujer no puede hacer ninguna convención que

derogue la garantía que la ley quiso asegurarle, salvo la renuncia de la inscripción; por tanto, cualquiera otra convención está prohibida y herida de nulidad.

Esta interpretación rigurosa del art. 71 también se funda en la razón. La mujer casada está colocada por la ley entre los incapaces; á este título la ley interviene en su favor para concederle las garantías que ella misma no pudiera estipular. Si es incapaz para estipular con mayor razón debe serlo para renunciar la hipoteca que le concede la ley. Habría una contradicción inexplicable en multiplicar las garantías en favor de la mujer y permitirle renunciarla con sólo la autorización del marido, interesado en que sus bienes gravados con inscripciones estén liberados. Esta contradicción en la ley no es admisible.

339. El principio, tal como nosotros lo formulamos, está en oposición con la jurisprudencia constante de los tribunales y con la doctrina y los autores. Fáltanos decir lo que en la opinión general puede hacer la mujer, salvo los motivos de duda que expongamos. Hay un primer punto acerca del cual no es posible ningún disenso. Hemos dicho que las hipotecas y privilegios ligados á un crédito se pueden transmitir por vía de cesión ó de subrogación con el crédito del que son accesorios; la ley lo dice y las disposiciones acerca de la cesión de los créditos y sobre la subrogación, generales por naturaleza, reciben su aplicación á la mujer como á todo acreedor. Los derechos de la mujer no están colocados fuera del comercio, salvo bajo el régimen dotal; y al ceder sus derechos la mujer cede, necesariamente, la garantía hipotecaria que le está ligada como accesorio. Sucede lo mismo cuando subroga á un tercero sus derechos: no puede subrogárselos sin transmitirle los accesorios. (1) No hay más que la palabra *subrogación* que se

1 Martou, t. III, p. 41, núm. 932. Pont, t. I, p. 485, núm. 458.