

sin acción no hay hipoteca. Sin embargo, cuando los esposos estipulan que la totalidad de la comunidad pertenecerá al supérstite ó á uno de ellos el otro esposo ó sus herederos hacen la *devolución* de lo aportado y de los capitales caídos en la comunidad por su parte. Si es la mujer la que ejerce esta devolución tendrá una hipoteca legal. Esto es una devolución *condicional y eventual*, en lo que se refiere á los bienes que vencerán á la mujer durante la comunidad. Lo que decimos de la mujer se aplica á sus herederos; esto es el derecho común.

352. Se lee una sentencia de la Corte de Riom, pronunciada bajo la Presidencia de Grenier, que siempre se ha entendido con la palabra *devolución* el recobro de la dote bajo el régimen de la comunidad. (1) Las disposiciones del Código que acabamos de citar (núms. 349 y 350) confirman este significado tradicional. Todos los bienes de la mujer común son dotales: unos se vuelven propiedad de la comunidad y, por este punto, la mujer no puede tener hipoteca, puesto que no tiene acción; los otros la mujer los recobra y para la garantía de estas devoluciones tiene una hipoteca legal.

Los intérpretes de la Ley Hipotecaria dan un sentido más extenso á la palabra *devoluciones*. Entienden con esto las sumas que por varios títulos tiene la mujer derecho de reclamar á su marido cuenta y reembolso. (2) Esto es confundir las *devoluciones* con lo que el art. 47 (Código Civil, art. 2121) llama *derechos y créditos*. Tal no es el lenguaje del Código, pero tal parece ser el lenguaje de la Ley Hipotecaria. El § 2 del art. 64 califica de *devoluciones* los derechos *condicionales* ó *eventuales* de la mujer, y el art. 67 dice que la mujer puede tomar inscripción durante el matrimonio por

1 Riom, 4 de Marzo de 1822 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 881, p. 241).

2 Martou, Comentario, t. III, p. 18, núm. 893.

*toda clase de recurso* que pueda tener contra su marido; lo que en la interpretación generalmente admitida se refiere á las *devoluciones* de que se trata en el § 2 del art. 64. Según esto toda causa de recurso de la mujer contra su marido sería una *devolución*.

Esto importa poco por lo que se refiere á la cuestión que ahora examinamos, la de saber para cuáles derechos tiene la mujer una hipoteca legal. Es seguro que la mujer tiene una hipoteca por cualquiera causa de recursos que tiene contra su marido; que se llamen á estos derechos unas *devoluciones* esto es bastante indiferente. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de determinar el lugar de la hipoteca legal. Si se confunden las devoluciones con los *derechos* de la mujer, cualesquiera que estos sean, se llega á una consecuencia que nos es difícil admitir; á saber, que la mujer puede hacer especificar en su contrato de matrimonio, en virtud del art. 64, toda clase de créditos eventuales que pueda adquirir contra su marido durante el matrimonio. Así las sucesiones y donaciones á las que puede ser llamada la mujer durante el matrimonio serían unas *devoluciones*, para cuya garantía la mujer podría hacer especializar su hipoteca por contrato de matrimonio é inscribirla inmediatamente. Esto nos parece dudoso; la ley da á la mujer una hipoteca para la garantía de sus *derechos*, no se la da para sus *esperanzas*; y las sucesiones ó donaciones futuras no son más que esperanzas. Volveremos á este punto.

353. Las devoluciones en el lenguaje del Código suponen convenciones matrimoniales expresas ó tácitas en virtud de las que la mujer *recobra* ciertos bienes por *prelación*. Esto implica, como lo dice la Corte de Riom, que la mujer es común en bienes. Bajo los demás regímenes no puede tratarse de *prelaciones*, puesto que no hay masa que repartir; los esposos están separados de bienes; los bienes de la mujer son generalmente bienes dotales cuyo goce tiene el marido: la

mujer los aparta al matrimonio para ayudar al marido á soportar los cargos; cuando el régimen está devuelto el marido los restituye. La restitución de la dote reemplaza á la devolución bajo el régimen de exclusión de comunidad y bajo el régimen dotal, en lo que se refiere á los bienes dotales. En cuanto á los bienes cuya administración y goce conserva la mujer no tiene en principio devolución ni restitución que reclamar, puesto que no deja de tener su propiedad y posesión. Sólo cuando el marido de hecho los administre y goce es cuando la mujer tiene un crédito contra él por este punto y, por tanto, una hipoteca (núm. 349).

*Núm. 4. De los derechos nacidos durante el matrimonio.*

354. El Código Napoleón distingue los derechos que nacen durante el matrimonio de los que nacen antes de la celebración á consecuencia de las convenciones matrimoniales. ¿Mantiene esta distinción la Ley Hipotecaria? Según la interpretación generalmente admitida la distinción queda abolida. Creemos que esto es ir demasiado lejos. Importa siempre determinar cuándo los derechos de la mujer toman nacimiento, puesto que la hipoteca no podría existir sin derecho. En el sistema de la nueva ley la hipoteca de la mujer debe ser especificada é inscrita; de modo que no tiene lugar más que desde su inscripción, como las hipotecas convencionales, y la época en que puede ser inscrita depende de la fecha en que nació. Ya hemos recogido los derechos que nacen antes del matrimonio; nos queda por ver cuáles son los derechos que nacen durante el matrimonio. El art. 67 de la ley los enumera (Código Civil, art. 2135). ¿Es esta una enumeración restrictiva? Ya hemos contestado á la pregunta. El objeto del art. 67 no es el de determinar, limitándoles, los derechos que la mujer adquiere contra su marido durante el matrimonio: la ley sólo fija el modo de especificar la hipoteca de la mujer. En cuanto á los derechos para cuya ga-

rantía tiene una hipoteca se aplica el art. 47; todo derecho que da acción á la mujer contra su marido está garantizado por una hipoteca legal.

355. El art. 67 está concebido en este sentido. Pone en principio que la mujer puede requerir inscripción por toda causa de recursos que pueda tener contra su marido. Después la ley da ejemplos: "Tales como los que resultan de donaciones ó de sucesiones á que fuera llamada." Acabamos de decir (núm. 352) que las sucesiones y donaciones que la mujer recoge durante el matrimonio no son *devoluciones eventuales* en el sentido del art. 64. Sin duda que es el régimen adoptado por los esposos en su contrato el que determina si los bienes que vencen á la mujer durante su matrimonio le quedan en propios ó si se vuelven propiedad del marido entrando en el activo de la comunidad. Es, por consiguiente, el contrato de matrimonio el que establece el principio de las devoluciones que la mujer tiene el derecho de ejercer; pero las convenciones matrimoniales no pueden especificar estas devoluciones y las donaciones ni siquiera son una esperanza.

Por esto es que el artículo 67 menciona las sucesiones y donaciones entre los derechos por los que la mujer puede tomar inscripción durante el matrimonio. Esto está también fundado en razón: no puede haber hipoteca mientras que la mujer no tiene un derecho, cuando menos eventual, que resguardar, y el heredero y el donatario no tienen ningún derecho antes de la apertura de la sucesión ó antes que la donación esté perfeccionada. Cuando una sucesión vence á la mujer ó que se le hace una donación hay que ver si los bienes que recoge le quedarán en propios; en este caso tendrá una acción por *devolución* ó una acción de restitución y, por consiguiente, una hipoteca legal. Si, al contrario, los bienes deben volverse propiedad del marido sin que éste esté obligado á una restitución á la mujer, no

teniendo ésta ninguna acción contra el marido no tendrá tampoco una hipoteca.

356. El art. 67 da también, como ejemplo de derechos nacidos durante el matrimonio, el recurso que la mujer tiene contra su marido por el punto de la enajenación de sus *propios*. Esta palabra de *propios* sólo se usa en el régimen comunal, porque bajo este régimen hay bienes que quedan en propio á la mujer: es el mobiliario que entra por su parte en la comunidad y que hace parte de la masa de que el marido es señor y dueño durante el matrimonio; en la disolución de la comunidad la mujer no recoge su mobiliario, recoge la mitad de los bienes que componen el activo. Si un propio de la mujer está enajenado sin reemplazo la mujer tiene una compensación, es decir, una devolución, la que está garantizada por una hipoteca. La mujer tiene también derecho á una recompensa y á una devolución «cuando la comunidad ha sacado un partido con sus bienes;» esta es una de las causas de indemnización por las que la mujer tiene una acción contra el marido en caso de insuficiencia de la comunidad (arts. 1470-1472) y, por consiguiente, tiene por este punto una hipoteca.

Bajo los otros regimenes no hay *propios* por razón de que los esposos están separados de bienes; la mujer conserva, pues, la propiedad de todo lo que posea al casarse y de todo lo que adquiera durante el matrimonio. ¿Si enajena un bien tendrá por ello una hipoteca? Sí, cuando el marido gozó del precio, pues se volverá propietario en virtud de su cuasiusufructo y, por tanto, está obligado á la restitución; y para garantía de esta restitución la mujer tiene una hipoteca. Bajo el régimen de separación de bienes la mujer es quien percibe el precio y quien tiene el goce del dinero; no tiene, pues, en principio crédito ni hipoteca en caso de enajenación. Pero si el marido percibiera el precio y lo empleara en provecho suyo la mujer tendría una acción por

indemnización y, por tanto, una hipoteca. Transladamos á lo que hemos dicho en el núm. 338. Lo mismo pasa cuando la mujer vende uno de sus parafernales bajo el régimen dotal. En cuanto á la enajenación de los inmuebles dotales la mujer tiene igualmente una acción contra su marido, como lo hemos dicho al hablar de la dote (núm. 339).

357. El tercer ejemplo que da el art. 67 de los derechos que nacen durante el matrimonio se refiere al recurso que tiene la mujer contra el marido por punto á obligaciones que inscribiera. Esto supone que la mujer se obliga en interés del marido ó de la comunidad. Cuando lo hace en su propio interés no puede tener recurso ni, por tanto, hipoteca; siendo deudora ella es quien soporta la deuda; no puede, pues, tratarse de un recurso ni de una hipoteca. (1) Pero cuando se obliga con su marido para negocios de la comunidad ó del marido se la reputa, según el art. 1431, por haberse obligado sólo como caucionante, aunque se hubiera obligado solidariamente; por consiguiente, debe ser indemnizada de la obligación que contrajo. Es esta acción de indemnización la que está garantizada por una hipoteca.

La Corte de Casación ha deducido de este principio una consecuencia muy importante. Ordinariamente las indemnizaciones de la mujer sólo se ejercen en la disolución de la comunidad por vía de prelación y devoluciones. Pero siendo considerada la mujer como caucionante en virtud del art. 1431 puede invocar el beneficio del art. 2032. En los casos previstos por esta última disposición el caucionante, aun antes de haber pagado, puede promover contra el deudor para que se le indemnice; tiene este derecho especialmente cuando el deudor quebró civil ó mercantilmente. Cuando, pues, se abre una orden en los bienes del marido la mujer puede presentarse en virtud de su hipoteca legal por el monto de la indemnización que la ley le concede co-

1 Caen, 29 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 107).

mo caucionante de su marido. Esta indemnización, dice la Corte, constituye en favor de la mujer un crédito líquido y exigible, por el que está fundada á proceder hipotecariamente aun durante la comunidad y antes de la liquidación de las devoluciones propiamente dichas que resultan de sus aportes matrimoniales y de la enajenación de sus bienes.

En el caso la mujer había subrogado un acreedor en el beneficio de su hipoteca legal; ejerciendo el subrogado todos los derechos del subrogante la Corte decidió que el acreedor podía ejercer los derechos de la mujer en la orden abierta en los bienes del marido. Esto no tenía ninguna duda. (1)

358. ¿Qué debe decidirse si la mujer paga voluntariamente una deuda de su marido? Hay un motivo de duda: es que no se encuentra uno en el caso del art. 67, el que supone una obligación contraída por la mujer. Fundándose en una disposición análoga del art. 2135 del Código Napoleón la Corte de Grenoble había negado la hipoteca á la mujer que había pagado sin estar obligada. La sentencia fué casada. La Corte de Casación dice, con razón, que debe aplicarse el art. 2221 (Ley Hipotecaria, art. 47) que dispone de un modo general y absoluto que la mujer tiene una hipoteca legal en los bienes del marido para la seguridad de sus *derechos y créditos*; y por estas palabras debe necesariamente entenderse todo lo que la mujer tiene el derecho de reclamar contra su marido por cualquiera causa que sea. Cuando, pues, la mujer paga una deuda de su marido no hay que distinguir, en cuanto á la hipoteca legal, si pagó como codeudora, como mandataria ó como gerente de negocios. Estas distinciones tienen importancia cuando se trata de determinar si la mujer tiene los derechos de un codeudor ó de un caucionante, si su acción nace de un mandato ó de una gerencia de negocios. Pero cuando se pre-

1 Casación, 26 de Enero de 1875 (Daloz, 1875, 1, 52).

gunta si la mujer tiene una hipoteca legal sólo es de verse una cosa: ¿tiene acción contra el marido resultante de las relaciones que el matrimonio establece entre los esposos en cuanto á sus bienes? Y es bien sabido que la mujer que paga las deudas de su marido lo hace como esposa, en interés de los negocios del marido; debe, pues, gozar de su garantía hipotecaria para obtener el reembolso de sus anticipos. (1)

359. Hay un caso en que la mujer, aunque obligada, no tiene el recurso de hipoteca: esto es cuando está obligada con su marido para defraudar los derechos de sus acreedores. La Corte de Bruselas lo sentenció así (2) y la solución no es dudosa: la ley protege á la mujer contra su debilidad y su incapacidad; no protege el fraude.

*Núm. 5. De las costas.*

360. La mujer casada hace gastos en justicia; si tiene un recurso, por este punto, contra su marido ¿su acción será garantizada por la hipoteca legal? Se admite generalmente la afirmativa. En la opinión que hemos enseñado acerca de la hipoteca legal de la mujer esta solución no es dudosa. La ley nada dice de los gastos; pero esto importa poco, pues no enumera y no limita los derechos para los que concede una hipoteca á la mujer; los arts. 64 y 67 son extraños á la cuestión, sólo se refieren á la especificación de la hipoteca; es decir, al lugar que le pertenece. Es el art. 47 el que es el sitio de la materia, y esta disposición, tomada del Código Civil, está concebida en los más generales términos: la Corte de Casación acaba de decirnos que debe comprenderse todo cuanto la mujer tiene derecho á reclamar contra su marido (núm. 358). Hay que agregar para completar el

1 Casación, 29 de Agosto de 1870 (Daloz, 1870, 1, 353).

2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1859 (Pasieris, 1860, 2, 327).